MANUEL BORJA SORIANO

# TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

EDITORIAL PORRÚA

# TEORIA GENERAL
# DE LAS OBLIGACIONES

MANUEL BORJA SORIANO

PROFESOR HONORARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

# TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

CONCORDADA CON LA LEGISLACIÓN NACIONAL VIGENTE POR
JORGE ALFREDO DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ

*21a. edición*
*Cuarta reimpresión*

EditorialPorrúa®

Primera edición: 1939
Vigésimo primera edición: 2009
Tercera reimpresión: 2016

Copyright © 2018
MANUEL BORJA SORIANO

Esta obra y sus características son propiedad de
EDITORIAL PORRÚA, SA de CV 8
Av. República Argentina 15 altos, col. Centro,
06020, Ciudad de México
www.porrua.com

Queda hecho el depósito que marca la ley

Derechos reservados

ISBN 970-07-6327-7

IMPRESO EN MÉXICO
*PRINTED IN MEXICO*

# PRESENTACIÓN
# DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS

Para la ahora atendida, cuarta reimpresión de la 21ª edición de esta obra magna, me veo precisado a presentar desde luego, acto continuo, en esta nota inicial, el señalamiento de las modificaciones legales a ordenamientos nuestros, que han tenido lugar hasta la fecha (enero de 2018). Dichas modificaciones son como sigue:

1 (Página 51).—La alusión de la obra a "Código Civil Mexicano para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, de 1928", debe leerse "Código Civil para el Distrito Federal lo mismo que Código Civil Federal".

2 (Número 14 de la obra; página 73).—La fracción II del artículo 2011 del C. D. F. señala ahora como prestación de cosa "la *entrega* temporal de uso y/o goce de cosa cierta" y no "la *enajenación*" de ello a que se refería hasta el 15 de mayo de 2012; se trata de una modificación legislativa no sólo sin justificación alguna sino lo que es peor, desinformada, desatinada y desorientadora. La disposición se cita también en el número 154, página 139.

3 (Número 254; página 180).—El maestro alude al artículo 2486 del. C. v., para ilustrar el consentimiento tácito. Es el caso que dicha disposición está derogada tiempo atrás; preveía la tácita reconducción en tratándose de los contratos de arrendamiento cuyo objeto era un inmueble rústico. En consecuencia, lo correspondiente a dicho precepto debe entenderse referido a cuando tenía fuerza obligatoria.

4 (Número 277; página 188).—El 23 de enero de 2010 iniciaron su vigencia la reformas y adiciones al CDF, publicadas en la *Gaceta Oficial* local del día anterior, que contienen la modificación de su artículo 1796, al que se le adicionó un segundo párrafo, de manera que su texto original quedó desde entonces como un primer párrafo, además de que por dichas reformas se crearon los artículos 1796-*bis* y 1796-*ter*, para dar cabida, con todo ello, a la incorporación en ley de la teoría de la imprevisión. En el inciso que sigue tales modificaciones serán presentadas; por ahora simplemente apuntemos que la alusión del autor en el número señalado al precepto indicado, ahora debe entenderse circunscrito al primer párrafo del mismo.

5 (Número 502; páginas 286 y 287).—Como consecuencia de las reformas legales relacionadas en el inciso que precede, que como dije, trae consigo la incorporación en ley de la teoría de la imprevisión, pierde sen-

tido la consideración del maestro Borja Soriano por la que hace notar la falta de previsión legal correspondiente, pues ahora habrá que estar a lo dispuesto en los preceptos resultantes de dichas reformas. Es el caso, en el mismo orden de ideas, que en el número 277 de la obra (página 188) la alusión allí al artículo 1796, debe entenderse en la actualidad a su primer párrafo.

6 (Número 694; página 358).—El texto actual del artículo 1927 del CDF es como sigue: "El Estado tiene obligación de responder del pago de los daños causado por sus empleados y servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será objetiva y directa por la actividad administrativa irregular conforme a la Ley de la materia y en los demás casos en términos del presente Código." Por su parte, en el CF dicha disposición está derogada.

7 (Números 737 y 738; páginas 374 y 375).—En realidad, las indicaciones contenidas en los numeros señalados respecto del texto que en el primero de ellos se cita como *vigente*, de los artículo 1916 y 1916-*bis*, así debió tenérsele del 1° de febrero de 1994 en adelante hasta el 19 de mayo de 2006 en materia local y hasta el 14 de abril de 2007 en materia federal, pues en esas fechas inició la respectiva fuerza obligatoria de las reformas sufridas al CDF y al CF, para continuar a la fecha actual con los textos resultantes de las modificaciones correspondientes.

A partir del 20 de mayo de 2006, en el ordenamiento local quedó derogado el último párrafo del artículo 1916, que iniciaba con el señalamiento de que "...Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro...": igualmente, en la misma fecha quedó derogado el artículo 1916-*bis*.

En cuanto al ordenamiento federal corresponde, si bien se conserva el texto de ambos preceptos tal como viene desde el 1° de febrero de 1994, el artículo 1916 fue adicionado con tres párrafos más, que establecen los supuestos y las consecuencias de conductas ilícitas y por ende, objeto de reparación de daño; salva además la reproducción fiel de información, siempre y cuando se cite la fuente de la que proviene. De ese entonces también es una adición al artículo 1916-*bis* con el señalamiento de conductas que deben no considerarse ofensivas surgidas de la crítica literaria, artística, científica y otras.

8 (Número 757 y 758, con adición de un número 760-*bis*; páginas 385 y 386 respectivamente).—En consideración a la modificación sufrida por el artículo 1913, con vigencia a partir del 1° de julio de 2008, y que adicionó al precepto con un segundo párrafo, las alusiones en la obra dicha disposición que aparecen en la página 385 deben tenerse ahora por hechas a su primer párrafo. Además, se le crea a la obra un número 760-*bis*, subtitulado *Responsabilidad solidaria en el código local*, para dejar constancia de la solidaridad pasiva impuesta en el segundo párrafo del dispositivo, a los propietarios de los objetos peligrosos con los que se causa un daño.

# PREFACIO

*Este libro es un Curso completo de Teoría General de las Obligaciones en Derecho Civil Positivo Mexicano, de la índole de los libros elementales de Planiol, Colin y Capitant, Josserand, etc.*

*Está destinado a servir de guía a los estudiantes de Derecho y, por lo mismo, tiene un carácter didáctico. Comprende las teorías extranjeras aplicables a la interpretación de nuestro Derecho Positivo. Doy preferencia a las nociones fundamentales y prescindo de lo secundario.*

*Contiene las materias que han sido objeto de mi enseñanza como profesor de Teoría General de Obligaciones en la Facultad de Derecho (antigua Escuela Nacional de Jurisprudencia), durante el período comprendido del año de 1920 al de 1935 inclusive (con interrupción de tres años) y como profesor del tercer curso de Derecho Civil en la Escuela Libre de Derecho, en el año de 1923.*

*Espero que con esta guía y con la labor complementaria de la clase, los estudiantes podrán adquirir una instrucción elemental, pero sólida, y una educación jurídica, relativas a las obligaciones en general, para el licenciado y aún para el doctor en derecho.*

*La Teoría General de las Obligaciones va precedida de una introducción, en la que reviso el método de interpretación aplicable a nuestro Derecho privado positivo, como acostumbré hacerlo en mi cátedra.*

*Según el plan de estudios y programas de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, hoy Facultad de Derecho, cada curso tiene su esfera propia; por esta razón me he contraído a la exposición de las materias que corresponden a la Teoría General de las Obligaciones y sólo me he referido a los otros cursos de Derecho Civil, al Derecho Romano y al Mercantil en casos excepcionales.*

*Podrá preguntarse que, entonces, por qué al principio de este libro hago una revisión del método de interpretación aplicable al Derecho privado positivo mexicano, materia que corresponde al programa del primer curso de Derecho Civil. La respuesta es la siguiente: Como el objeto de este tratado es precisamente la interpretación jurídica de una rama de nuestro Derecho Positivo, y no todos están de acuerdo sobre el método de interpretación que deba aplicarse, procede que yo exponga cuál es el método que adopto. Por lo demás, nótese que este método se encuentra en una introducción aparte del Tratado de las Obligaciones.*

*Debo ahora explicar cuál ha sido mi procedimiento en la elaboración de los dos tomos de este libro.*

*Comencé por averiguar, hasta donde me fue posible, el origen de los artículos de nuestros Códigos civiles, y el resultado de mi investigación*

lo he consignado en las Tablas que se encuentran al frente de cada título o capítulo. En el transcurso de los años me fui proveyendo de una biblioteca selecta.

Con estos elementos emprendí la interpretación de las instituciones y de los preceptos de nuestros Códigos civiles de 1884 y de 1928, a la luz de la doctrina de los autores que comentan las instituciones y los preceptos legales extranjeros de donde proceden los nuestros. Así, por ejemplo, explico la materia de inexistencia y nulidad de los actos jurídicos en el Código de 1928 con arreglo a la teoría de Bonnecase, porque evidentemente los preceptos relativos de ese Código consagran dicha teoría. La interpretación de los contratos en el mismo Código la hago con los comentarios de Manresa, porque los artículos respectivos de nuestro Código son reproducción de artículos del Código español. La acción Paulina en el Código de 1884 la estudio a base de autores portugueses, porque artículos del Código portugués son el origen de los artículos de aquel Código en dicha materia. Los comentarios sobre la cesión de deuda son de los Derechos alemán y suizo, porque de esos Derechos proceden los artículos del Código de 1928 sobre cesión de deuda.

Cuando la fuente inmediata es poco fecunda, como sucede a veces, por ejemplo, con los comentarios de García Goyena, he acudido a la fuente mediata, que generalmente es el Derecho francés.

Los libros que he tenido en cuenta para escribir cada título o cada capítulo se encuentran, bajo el rubro de Bibliografía, después de las Tablas. Esta bibliografía tiene por objeto dar una orientación a los alumnos sobre las obras en donde pueden estudiar cada materia más ampliamente de como se trata en este libro, el cual, por su naturaleza, es elemental.

Mi última tarea ha consistido en seleccionar de los diversos libros, aplicables según el caso, lo fundamental y lo que he considerado mejor. Hay veces en que nuestro Código sólo adopta en parte un precepto extranjero, y entonces he acogido únicamente el comentario de la parte adoptada. Así he redactado mi obra, citando constantemente y sin excepción, como corresponde a un deber ineludible de probidad, los libros de donde he tomado cada parte, precisando el número o página y tomo del libro respectivo, para que el lector pueda fácilmente verificar la verdad y exactitud de mi cita. He tenido cuidado de emplear siempre las palabras del autor al que cito, porque de esta manera no me expongo a alterar su pensamiento y pongo al lector de mi libro en contacto directo con los grandes maestros, cuya autoridad ampara mi enseñanza.

Como nuestro Código Civil vigente reconoce variados orígenes, la misma variedad se encuentra y debe encontrarse en su obra de interpretación; aquí mi trabajo ha consistido en sistematizar esos varios elementos.

Una de mis preocupaciones ha sido lograr que mi exposición sea clara, precisa y metódica; a este último efecto formé para mi cátedra un programa, inspirado principalmente en las obras de Planiol y de Colin y Capitant, el



que generalmente he seguido en este libro; programa que aparece publicado en la Revista de Ciencias Sociales.

En mi cátedra de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, varios discípulos míos, hoy abogados, tomaron apuntes de mis enseñanzas. Entre esos discípulos citaré a Eduardo González Camps (año de 1925), Fernando Chao (año de 1929), Adalberto Saldaña y José de Jesús Ledesma (año de 1930), Rodolfo Millán (año de 1935). Durante bastantes años sirvieron como texto provisional de Teoría General de las Obligaciones los apuntes de Saldaña, primero, y después los de Millán (que son los de Saldaña, con algunas correcciones y ampliaciones). En los repetidos apuntes se encuentran algunos estudios personales míos, como son las nociones sobre la moneda en México y lo relativo a la legislación mexicana sobre moratoria y pagos de las obligaciones contraídas en papel moneda, los cuales, corregidos y puestos al día, están comprendidos en esta obra.

Por último agregaré que a mi juicio la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia debe conocerse estudiándola en el respectivo seminario de la escuela, conociendo antes la teoría general de las obligaciones.

MANUEL BORJA SORIANO

# INTRODUCCIÓN

## TÍTULO PRIMERO

## EL DERECHO PRIVADO POSITIVO Y LA MATERIA DE LAS OBLIGACIONES

El Derecho privado positivo está constituido por el conjunto de reglas de conducta impuestas a los hombres en sus relaciones particulares, reglas sancionadas coercitivamente por el poder público y que tienen por objeto coordinar las actividades sociales. [Jacinto Pallares, *Curso Completo de Derecho Mexicano*, Prolegómenos, tomo II, número 408, y Julien Bonnecase, *Introduction a l'étude du Droit*, 2ª edición, 1931, núms, 6 a 9.]

En las relaciones entre particulares hay que distinguir las relaciones no patrimoniales: existencia y capacidad de las personas físicas y morales, matrimonio, parentesco; y las relaciones patrimoniales: propiedad y sus desmembramientos o derechos reales, sucesiones hereditarias y obligaciones, incluyendo sus fuentes y los derechos reales accesorios de las obligaciones. [Bonnecase, *Précis*, t. I, núms. 3 a 45.]

Expondremos en este libro el derecho de las obligaciones, considerando como parte principal de ese derecho las normas legales relativas a las obligaciones, que se encuentran en el libro tercero del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884 y en el libro cuarto del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal de 1928.

El Código de 1884, aunque derogado, conserva grande importancia, porque durante su larga vigencia se han celebrado numerosísimos contratos y otros actos jurídicos que se rigen por él y porque sus preceptos aún están vigentes en varios de los Estados de la República.

El estudio del Código de 1928 es indispensable hacerlo, por ser este Código el vigente y porque, como ha dicho J. Castán Tobeñas, ilustre profesor español, "hay mucho que estudiar y aun que aplaudir en el extenso libro que el nuevo Código mexicano dedica a la materia de obligaciones" [*Revista Española de Derecho Privado*, año de 1929, tomo XVI, pág. 200]. Este estudio aparece reproducido en la *Revista General de Derecho y Jurisprudencia* publicada en México por el licenciado Alberto Vázquez del Mercado [t. I, pág. 4].

TÍTULO SEGUNDO

# FORMACIÓN DE NUESTROS CÓDIGOS

*Antecedentes*. Mi memoria denominada "L'Influence du Code Civil Français au Mexique", que forma parte del libro "Le Droit civil Français, Livre-Souvenir des Journées du Droit Civil Français, publié par le Barreau de Montréal", 1936. La misma memoria se publicó en español en "La Justicia", tomo VI, pág. 1396, número 70, de 30 de abril de 1936.

"Tablas de concordancia y de comparación de artículos del Código Civil de 1884 y de Código Civil de 1928, formadas por el profesor Manuel Borja Soriano, para su cátedra de Teoría General de Obligaciones y Contratos en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de México, Autónoma." Estas Tablas se publicaron en la *Revista de Ciencias Sociales*, órgano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2ª época, febrero de 1931, tomo I, número 7, páginas 64-104.

## I. CÓDIGO CIVIL DE 1870

Es evidente la grande influencia del Código Civil Francés, o sea Código Napoleón, sobre nuestro Código de 1870, especialmente en la materia de obligaciones.

Bajo esta influencia se elaboró el Proyecto de Código Civil Español de 1851, que con sus concordancias, motivos y comentarios publicó don Florencio García Goyena en 1852. Este Proyecto sirvió de base al que para México formó el doctor Justo Sierra por encargo del Presidente Juárez. El Proyecto del doctor Sierra fue revisado por una comisión que comenzó a funcionar en el año de 1861 y que estuvo integrada por los licenciados Jesús Terán, José María Lacunza, Pedro Escudero y Echanove, Fernando Ramírez y Luis Méndez. Esta comisión siguió trabajando durante el gobierno ilegítimo del Emperador Maximiliano, y de su trabajo se publicaron los libros I y II del Código, faltando de publicarse los libros III y IV. Los materiales de esta primera comisión fueron aprovechados en gran parte por una segunda, formada por los licenciados Mariano Yáñez, José María Lafragua, Isidro Montiel y Duarte, Rafael Dondé y Joaquín Eguía Lis, quienes formularon el Código Civil que fue expedido en el año de 1870.

La exposición de motivos de este Código hace saber que el mismo se hizo teniendo en cuenta los principios del Derecho Romano, la antigua legislación española, los Códigos de Francia, de Cerdeña, de Austria, de Holanda, de Portugal y otros y los Proyectos de Código formados en México y en España. Aquí se alude al Proyecto de Código Mexicano formado por la primera comisión, integrada por los licenciados Terán, etc., y al español de 1851, inspirado en su mayor parte en el Código Civil Francés, como puede verse por las concordancias de García Goyena. El Código de Cerdeña, llamado Código Albertino, fue modelado sobre el Código Francés, aunque con radicales innovaciones [Ferrara, "Trattato di Diritto Civile Italiano", t. I, pág. 168]. El Código de Holanda está fundado en gran parte sobre los principios adoptados por el Código Francés, y hay artículos del Código Holandés que no son sino traducciones de artículos del francés [Asser, "La Code Civil dans les Pays Bas", *Livre du Centenaire*, t. II, pág. 819]. Con referencia al Código Portugués, dice Dias Ferreira: "El Código Francés y el Proyecto de Código Civil Español son las fuentes más abundantes de nuestro Código Civil, y por eso nos referimos frecuentemente a ellas para autorizar las interpretaciones que demos a varios artículos del Código" ["Código Civil Portuguez annotado", 2ª ed. Introducción, pág. 17]. Así, pues, según estos antecedentes, con frecuencia encontraremos la fuente de los preceptos de nuestro Código en el Derecho francés.

## II. Código Civil de 1884

Este Código es casi una reproducción del de 1870, con ciertas reformas introducidas por una comisión, de la que fue secretario el licenciado Miguel S. Macedo, quien publicó el libro "Datos para el Estudio del Nuevo Código Civil del Distrito Federal", en donde se encuentran las razones que motivaron las reformas introducidas al Código anterior.

## III. Código Civil de 1928

La Secretaría de Gobernación designó a los señores licenciados Francisco H. Ruiz (que fue Presidente de la Sala Civil de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, distinguidísimo profesor en la Facultad de Derecho y director del Seminario de Derecho Civil en la misma Facultad), Ignacio García Téllez (que ha sido Rector de la Universidad Nacional de México, Autónoma, y Secretario de Educación Pública), Ángel García Peña y Fernando Moreno, para que hicieran un Proyecto de nuevo Código Civil. Esta comisión formuló el Proyecto que, en forma de Código, se publicó llevando la fecha de 25 de abril de 1928. Ese Proyecto, reformado por sus autores, después de tener en cuenta las observaciones que se le hicieron, se convirtió en el nuevo "Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia Federal", expedido por el Presidente de la República, en uso de la facultad que le confirió el Congreso de la Unión. Se publicó en el *Diario Oficial* correspondiente a los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 de agosto y 31 de agosto de 1928, lleva al final la fecha de 30 de agosto de ese año. Posteriormente, la Secretaría de Gobernación ha publicado una edición oficial del mismo Código. Éste entró en vigor el día 1º de octubre de 1932, fecha que fijó el Ejecutivo, en decreto de 29 de agosto del mismo año, publicado en el *Diario Oficial* del 1º de septiembre anterior.



El nuevo Código reproduce en gran parte el de 1884. Las innovaciones que introduce en materia de obligaciones y contratos, están principalmente inspiradas en los Códigos Civiles francés, español, italiano, argentino, chileno, brasileño, alemán y suizo de las obligaciones y en ciertas teorías de autores, como puede verse en el libro del licenciado García Téllez, que tiene por título "Motivos, colaboración y concordancias del nuevo Código Civil Mexicano", 1932. Respecto del Código Español, dice Valverde que está "calcado en el Proyecto de 1851 e inspirado principalmente en los Códigos francés e italiano", y lamenta este hecho, agregando: "Hemos perdido, por desgracia, nuestra personalidad en el mundo jurídico" [Conferencias pronunciadas en la Universidad Central, en abril de 1923, y que se han publicado en un folleto bajo el rubro de "Los Códigos Civiles Modernos y el Derecho Nuevo", pág. 9]. Los profesores españoles Blas Pérez González y José Alguer, reconocen que el Código Español tiene su principal modelo en el Código Civil Francés. [Notas intercaladas en el *Tratado de Derecho Civil Alemán*, por Eneccerus Kipp y Wolff, Parte general, vol. I, pág. 63.] El Código Italiano se deriva directamente, en gran parte, del Código Francés [Ruggiero, *Instituciones de Derecho Civil*, 4ª edición, traducida al español, t. I, págs. XV y 105]. El Código Argentino concuerda en gran parte con el Derecho francés y, a veces, con García Goyena, como puede verse en las notas que a sus artículos les puso el doctor Vélez Sarsfield, autor de ese Código. [Véase, Salvat, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Parte general, 4ª ed., 1928, núms. 275 a 277, 283 y 284.] Entre las fuentes del Código Civil Chileno se encuentran el Código Francés y los jurisconsultos Delvincourt, Merlín y Goyena [Barros Errazuris, *Curso de Derecho Civil*, 4ª ed., t. I, pág. 9]. Las fuentes del Código Brasileño son: en primer lugar, la tradición nacional, teniendo por base el Derecho Romano y el Derecho Portugués: después, la influencia del Código Civil Francés y de la doctrina francesa, que siempre han tenido gran prestigio sobre los juristas suramericanos: la influencia de los Códigos portugués, español, italiano, argentino, alemán y suizo [Bevilaqua, Prefacio al *Code Civil des Etats-Unis du Brasil*, traduit et annoté par Goulé, Daguin et D'Ardenne de Tizac].

Resulta, pues, que tratándose de artículos del nuevo Código que proceden del anterior o del español, italiano, argentino, chileno y brasileño, encontramos, con frecuencia, como fuente mediata el Código Civil Francés, el cual ha ejercido una influencia preponderante en la elaboración de nuestros Códigos Civiles.

## IV. Código Civil Federal y Civil para el Distrito Federal (2000)

Por reformas constitucionales de 1990, a partir de mayo de 2000 el Código Civil de 28 devino dos ordenamientos distintos; el Código Civil Federal, de la competencia legislativa del Congreso de la Unión y el Código Civil para el Distrito Federal, reservado a la Asamblea Legislativa Local. El primero aplicable en toda la República en materia federal y el segundo para la entidad. Al iniciar ambos su respectiva fuerza obligatoria, fueron del mismo texto por provenir de uno solo, hecha salvedad de las modificaciones de que fueron objeto por la adaptación de la aplicación territorial de cada uno.

Como desde estonces y hasta los inicios de 2018, tanto el texto federal como el local han sufrido poca modificación, sin calificar su importancia, las citas al Código Civil de 1928 corresponden al contenido de los dos ordenamientos resultantes, salvo mención expresa alusiva en especial al Código local o al federal en su caso. Así, cuando en el transcurso de este trabajo se menciona C. v. o Código Civil de 28, se hace referencia al texto de ambos ordenamientos, en tanto que para el Código ya de sólo el Distrito Federal, la mención abreviada será C. D. F. y para el federal será C. F.

## V. Concordancias

Las concordancias de los artículos de los Códigos Civiles de 1884 y de 1928, relativos a las diferentes materias que comprende la Teoría General de las Obligaciones, las presento en forma de Tablas, marcadas respectivamente con la letra *A* y con la letra *B*. La Tabla *A* contiene, en una primera columna, los números de los artículos del Código de 1884, y a continuación los números de los artículos de otros Códigos concordantes con los primeros. La Tabla *B* contiene, en una primera columna, los números de los artículos del Código de 1928, y a continuación los números de los artículos de otros Códigos concordantes con los primeros. En estas Tablas, empleo las abreviaturas siguientes:

- C. a. Código Civil antiguo, de 1884 (de México).
- C. Al. Código Civil Alemán, de 1896 (traducción francesa).
- C. Arg. Código Civil Argentino, de 1869.
- C. B. Código Civil de Brasil, de 1916 (traducción francesa).
- C. Co. Código de Comercio Mexicano, de 1889.
- C. E. Código Civil Español, de 1888. (Edición de 1892, anotado y concordado por Bofarull.)
- C. I. Código Civil Italiano, de 1865. (Edición en italiano, 1929, y edición en español de 1881. Hoy está vigente el Código de 1942.)



- C. v. Código Civil de 1928 (de México).
- C. F. Código Civil Federal de 2000 (de México).
- C. D. F. Código Civil para el D. F. (2000)
- C. N. Código Napoleón, o sea Código Civil Francés, de 1804, reformado parcialmente. Ediciones de 1864, 1926, 1948, 1952 y 1958.)
- C. P. Código Civil Portugués, de 1867.
- C. O. Código (suizo) de las Obligaciones, o sea Libro V del Código Civil Suizo, de 1911 (texto en francés).
- G. García Goyena, Concordancias, etc., del Código Civil Español (en proyecto), de 1851.
- P. F. I. Proyecto (franco-italiano) de Código de las obligaciones y de los contratos, de 1928 (texto en italiano y en francés).

Debo advertir que los artículos citados en las Tablas de referencia concuerdan entre sí; aunque en unos cuantos casos excepcionales, no existe concordancia entre ellos, sino que figuran en las Tablas como instrumentos de comparación.

Una vez conocidos los Códigos extranjeros de donde proceden los artículos de los nuestros sobre cada materia, estudiaremos ésta a la luz de las doctrinas de los autores que comentan esos Códigos, utilizando principalmente las obras que citamos en el título siguiente.

TÍTULO TERCERO

## *BIBLIOGRAFIA*

## DERECHO CIVIL EN GENERAL

### *FRANCIA*


AUBRY et RAU: *Cours de Droit Civil Français*, 4e. éd., 8 vols., 1869-1878. (Hay una 5e. éd. revue par Rau, Falcimaigne et Bartin, 12 vols., 1897-1922.)

BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis de Droit Civil*, 9e. éd., 3 vols., 1906-1909.

BAUDRY-LACANTINERIE et divers professeurs: *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, 3e. éd., 29 vols., 1905-1908 (t. XII, XIII, XIV, et XV. *Des obligations, par* BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE.)

BAUDRY-LACANTINERIE, etc.: *Bonnecase. Supplément au Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*. 6 vols., 1924-1935.

BONNECASE: *Précis de Droit Civil*. 3 vols., 1934-1935.

COLIN *et* CAPITANT: *Cours Elémentaire de Droit Civil Francais*, 7e. éd., 3 vols., 1931-1932.

COLIN et CAPITANT: *Cours Elémentaire de Droit Civil Française, entierement refondu et mis a jour par Julliot de la Morandière*. 3 vols., tome I, 11e. éd., 1947; tome II, 10e. éd., 1948; tome III, 9e. éd., 1945. Del tomo segundo se ha publicado un nuevo tiro en el año de 1953.

———. La misma obra, 2ª ed., traducida al español, con notas sobre el Derecho Civil Español, por de Buen, 8 tomos en 9 volúmenes, 1922-1928.

CAPITANT: *Introduction a l'étude de Droit Civil*. 4e. éd., 1923.

*Code Civil (Le)*, Livre du Centenaire. 2 vols., 1904.

*Droit (Le). Civil Français*. Livre-Souvenir des Journées du Droit Civil Français, publié par le Barreau de Montréal, 1936.

FUZIER-HERMANN: *Code Civil Annoté*. 6 vols.

JOSSERAND: *Cours de Droit Civil positif Français*, 2e. éd., 1932-1933.

———. *Derecho Civil*, revisado y completado por Broun, edición en español, 2 tomos en 5 volúmenes, 1950-1951.

LAURENT: *Principes de Droit Civil Français*, 5e. éd., 33 vols., 1893. (Hay una traducción al español, edición mexicana.)

PLANIOL: *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 11e. et 12e. ed., 3 vols., 1932, avec la collaboration de Ripert. Esta obra la citaré con el nombre de *Planiol*, solamente. (Se ha publicado una traducción al español, edición mexicana.)

RIPERT et BOULANGER: *Traité Élémentaire de Droit Civil de Planiol*. Revue et completé, t. I, 5e. éd., 1950; t. II (Obligations) 4e. éd., 1952; tome III, 4e. éd., 1951.





RIPERT et BOULANGER: *Traité de Droit Civil d'apres le traité de Planiol*, tome I, 1956; tome II, 1957; tome III, 1958. Falta de publicarse el tomo IV.

PLANIOL et RIPERT: *Traité Pratique de Droit Civil Français*, 14 vols., 1925-1934. Tomes VI et VII (Obligations) avec le concurs de Esmein (P), Radouant (J) et Gabolde (G) (Hay una traducción al español).

———. La misma obra, segunda edición también en francés, de la cual hay publicados los tomos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, X, XI, XII y XIII, en los años de 1952 a 1957.

MAZEAUD (Henri León et Jean): *Lecons de Droit Civil* (Nouvelle Licence) t. I, 1955, y t. II, 1956.

CARBONNIER: *Droit Civil*, t. I, 1955 y t. II (en dos volúmenes), 1957.

SAVATIER: *Cours de Droit Civil*, 2e. éd., 1947.

HEMARD: *Précis Élémentaire de Droit Civil*, 3 vols., 1928-1929.

Travaux de la Comission de reforme de Code Civil, 8 vols., 1946-1953.


### *ITALIA*


BARASSI: *Istituzioni di Diritto Civile*, 2ª ed., 1921.

BRUGI: *Istituzioni di Diritto Civile*, 4ª ed., 1923.

COVIELLO: *Manuale di Diritto Civile Italiano*, Parte Generale, 3ª ed., 1924.

COSENTINI: *La reforma de la legislación civil* (trad. española).

CIMBALI: *La nuova fase del Diritto Civile*, 4ª ed., 1907.

FERRARA: *Trattato di Diritto Civile Italiano*, 1 vol., pub., 1921.

PACIFICI-MAZZONI: *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, 7 vols., 3ª 4ª edizioni, 1884-1904.

PACCHIONI: *Elementi di Diritto Civile*, 2ª ed., 1921.

RICCI: *Derecho Civil Teórico y Práctico* (traducido al español del italiano), 20 vols.

RUGGIERO: *Instituciones de Derecho Civil*. Traducción de la 4ª edición italiana, 2 vols., 1929-1931.

PUGLIATI: *Introducción al estudio del Derecho Civil*, 1943.

MESSINEO: *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, 6 vols. y un Apéndice, 1952-1955.

BARASI: *La Teoria Generale delle Obbligazioni*, 3 vols., 1946.

BETTI: *Teoria Generale delle Obbligazioni*, 2 vols., 1953.

D'AMELIO ED FINZI: *Codice Civile, Libro delle Obbligazioni*, volume I, Comentario a cura de Avanzo, etc., Delle Obbligazioni in generale, 1948.

PACCIONI Y GRASSETTI: *Obligazioni e Contratti*, 1950.

MESSINEO: *Dottrina Generale del Contrato*, 3ª ed., 1948.

BETTI: *Teoria Generale de Negozio Giuridico*, 2ª ed., 1950. Además, traducción al español de la primera edición de este último libro por Martín Pérez, conteniendo concordancias con el derecho español.

GINO GORLA: "Il Contratto", 2 vols., 1955.


Las nueve obras citadas últimamente comentan el Código Civil Italiano de 1942 y, en consecuencia, sirven más bien para el derecho comparado o lege ferenda.

### *ESPAÑA*

PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho Civil Español*, 7 vols. (Obligaciones y Contratos, t. IV, en dos vols.), 1946.
CASTÁN TOBEÑAS: *Hacia un nuevo Derecho Civil*.
DIEGO (F. C. DE): *Curso Elemental de Derecho Civil Español*, 5 vols., 1919-1923.
GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español* (Proyecto), 2 vols., 1852.
MANRESA: *Comentarios al Código Civil Español*, 12 vols., 1907.
SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*, 6 vols.
VALVERDE: *Tratado de Derecho Civil Español*, 2ª ed., 5 vols., 1920-1921. (Hay una tercera edición.)
CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, 5ª, 6ª eds., 4 volúmenes, 1941-1943.
La misma obra, tomo I en dos volúmenes, 8ª edición, 1951 y 1952; tomo II, 8ª edición, 1951; tomos III y IV, 7ª edición, 1951 y 1953.
MEDINA Y MARAÑÓN: *Leyes civiles de España*, 1949.

### *PORTUGAL*

CUNHA GONÇALVES: *Tratado de Direito Civil*, em comentário a o Código Civil Portuguêz, 14 vols., 1929-1942.
DIAS FERREIRA: *Código Civil Portuguêz*, annotado, 2ª ed., 4 vols., 1894-1905.

### *ALEMANIA*

BUFNOIR, CAZELLES, CHALLAMEL, DRIOUX, GENY, HAMEL, LÉVY-ULLNANN, LYON-CAEN (L.), MOREL, SALEILLES et SÉE: *Code Civil Allemand*, traduit et annoté, 4 vols., 1904-1914.
ENNECCERUS, KIPP y WOLFF: *Tratado de Derecho Civil*, 5 tomos en 10 volúmenes (el t. I, en 2 vols., "Parte General", por Enneccerus, 13ª revisión por Nipperdey y t. II en 2 vols., "Derecho de Obligaciones", por Enneccerus, 11ª revisión, por Lehmann), traducciones, con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Pérez González, Alguer, Castán Tobeñas y Roca Sastre, 1933-1951.
WINDSCHIED: *Il Diritto delle Pandette*, note de Fadda e Bensa, 1925-1926.
MENGER: *El Derecho Civil y los pobres*, 1898.
TUHR (von): *Parte General del Derecho Civil*, 1927.
———. *Teoría General del Derecho Civil Alemán*, 3 vols., en 6 tomos, 1946-1948.

### *SUIZA*

CHAUDÉ: *Le Nouveau Code Civil Suisse dans l'oeuvre de la codification moderne*, 1909.
ROSSEL et MENTHA: *Manuel du Droit Civil Suisse*, 3 vols., 2e. éd.



### *REPUBLICA ARGENTINA*

SALVAT: *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Parte General, 4ª ed., 1928.

### *CHILE*

BARROS ERRAZURIS: *Curso de Derecho Civil*, 4ª ed., 5 vols., 1930-1932.

### *INGLATERRA Y ESTADOS UNIDOS*

JENKS, GELDART, LEE, HOLDSWORTH and MILES: *Digeste de Droit Civil Anglais*, 2e. éd. Traduction par Bauman et Goulé, 2 vols., 1923.
*The National Ciclopaedia of Law*, "Students Editions", 1913.

### *MEXICO*

*Exposición de motivos del Código Civil de 1870 para el D. F.*
GARCÍA TÉLLEZ, Ignacio: *Motivos, Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano*, 1932.
MACEDO, Miguel S.: *Datos para el estudio del nuevo Código Civil del D. F.*, 1884.
MATEOS ALARCÓN: *Lecciones de Derecho Civil*, 6 vols.
———. *Código Civil del D. F.*, concordado y anotado, 3 vols., 1904.
RUANOVA: *Lecciones de Derecho Civil*, 2 vols., 1871.

### DERECHO ROMANO

GARCÍA DEL CORRAL: *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano del latín, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, con notas de referencias, 6 vols., 1889-1898.
GIRARD: *Manuel Élémentaire du Droit Romain*, 7e. éd., 1924.
JHERING: *L'Esprit du Droit Romain*, traduit par Meulenaere, 13e. éd., 4 volúmenes, 1886-1888.
MAYNZ: *Cours de Droit Romain*, 5e. éd., 3 vols., 1891.
ORTOLAN: *Histoire de la Législation Romaine et Généralization du Droit Romain, Explication Historique des Instituts de l'empereur Justinien*, 12e. éd., 3 vols., 1883-1884.
SOHM: *Historia e Instituciones del Derecho Privado Romano*. Traducción de la 7ª ed. alemana.

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN GENERAL

### *FRANCIA*

POTHIER: *Traité des obligations*, 1921.
BEUDANT: *Les contrats et les obligations*, 1906.
BUFNOIR: *Propriété et contrat*, 2e. éd., 1924.
DEMOGUE: *Traité des obligations en général*, 7 vols., 1923-1933.
GAUDEMET: *Théorie générale des obligations*, 1937.
DEMOLOMBE: *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, 8 vols., 1880-1882.
HUDELOT et METMAN: *Des Obligations*, 4e. éd., 1908.
LÉVY-ULLMANN: *L'obligation et le contrat au premier quart du XX siécle, Répétitions écrites de Droit Civil approfondi*, 1927-1928.
MARTY: *Droit Civil*, 2e. Année, 1951-1952.
SALLÉ: *L'Evolution Technique du Contrat et ses conséquences juridiques*, 1930.
VIFOREANU: *Contribution a L'Etude du Contrat dans le projet Franco-Italien et en Droit Comparé, Formations et éléments du contrat*, 1932.
MORIN: *La loi et le Contrat. La décadence de leur souveraineté*, 1927.
GOUNOT: *La libertad de los contratos y sus justos límites.*
ROUAST: *El respeto de las obligaciones libremente contraídas y el contrato dirigido.*
Los dos estudios anteriores se encuentran en el libro denominado "Libertad y Sociedad", traducido al español por el Lic. Héctor González Uribe, 1958.

### *ITALIA*

CARBONI: *Concetto e contenuto dell'obbligazione nel diritto odierno*, 1912.
DEGNI: *Studi sul Diritto delle obbligazioni*, 1926.
GIORGI: *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno* (traducción española de la 7ª edición italiana), 9 vols., 1909-1913.
LOMONACO: *Delle Obligazioni e dei contratti in genere*, 2ª ed., 2 vols., 1924-1925.
PACCHIONI: *Lezioni di Diritto Civile, Le Obbligazioni, Parte Generale*, 1926.
———. *Corso di Diritto Civile, Dei contratti in generale*, 1933.
POLACCO: *Le obbligazioni nel Diritto Civile Italiano*, 2ª ed., 1915.
BARASSI: *La Teoría Generale delle Obbligazioni*, 3 vols., 1946.
D'AMELIO, FINZI, D'AVANZO, etc.: *Delle Obbligazioni in generale e Dei contratti in generale*, 1948. (Estas dos obras son comentarios del nuevo Código Civil Italiano de 1941.)

### *ESPAÑA*

ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU: *Estudios de Derecho Privado*, t. I. "Obligaciones y contratos".



### *PORTUGAL*

ALVES MOREIRA: *Instituïçoes do Dereito Civil Portuguêz*, vol. 2º, "Das Obrigaçoes", 2ª ed., 1925.

### *ALEMANIA*

DERNBURG: *Diritto delle Obbligazioni*, 1903.
SALEILLES: *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l'empire allemand*, 3e. éd., 1914.
LARENG: *Derecho de Obligaciones*, t. 2, 1952.

### *SUIZA*

ROSSEL: *Manuel du Droit Fédéral des Obligations*, 4e. éd., 2 vols., 1920.
SCHNEIDER et FICK: *Commentaire du Code Fédéral des obligations*, adaptation française par Porret, 2 vols., 1915-1916.
THUR (von): *Partie Générale du Code Fédérale des Obligations*, 2 vols., 1930-1931.
THUR (von): *Tratado de las Obligaciones*, traducido y concordado por Roces, 2 vols., 1934.

### *REPUBLICA ARGENTINA*

BUSSO: *Código Civil Anotado. Obligaciones*, t. III, 1949, t. IV, 1951, y t. V, 1955.
COLMO: *De las obligaciones en general*, 2ª ed., 1928. (Tomo I, del *Tratado teórico práctico de las obligaciones en el Derecho Civil Argentino.)*
LAFAILLE: *Curso de obligaciones*, 2 vols., 1926-1927.
———. *Curso de contratos*, 3 vols., 1927-1928.
———. *Tratado de las obligaciones*, 3 vols., 1947, 1950 y 1953.
SALVAT: *Tratado de Derecho Civil Argentino Obligaciones en general*, 2ª ed., 1928.
———. *Fuentes de las obligaciones*, 3 vols., 1946.

### *BRASIL*

BEVILAQUA (C): *Direitto das Obrigaçoes*, 3ª ed., 1931.

### MONOGRAFIAS

GENY: *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e. éd., 2 vols., 1919. (De la primera edición de esta obra hay una traducción al español publicada en 1902.)
———. *Science et Technique en Droit privé positif*, 4 vols., 1915-1924.

*Les transformations du Droit dans les principau pays depuis cinquante ans* (1869-1919). Livre du cinquantenaire de la Societé de Legislation comparée, 1922.

ROGUIN: *La Science Juridique Pure*, 3 vols., 1923 ("Droits absoluts et droits relatifs".)

VIVANTE: *La unidad del Derecho Privado en materia de obligaciones*, traducción de la 5ª ed. italiana, con prólogo y notas de José Benito, 1925.

DEMOGUE: *L'unification internacionale du Droit privé*, 1927.

DUGUIT: *Traité de Droit Constitutionnel*, 2e. éd. (tome I, *L'acte juridique*), 1921.

————. *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código Napoleón*, traducción española. (Conferencias sobre la autonomía de la voluntad, el acto jurídico, el contrato y la responsabilidad.)

RENARD: *Le Droit, La Justice et la Volonté*, 1924.

RIPERT: *Le régime démocratique et le Droit Civil moderne*, 1948, 2e. ed. (La 1ª ed. es de 1936.)

RIPERT, Georges: *Etudes offertes a Le Droit privé Français au milieu du XX siécle*, 1950.

SAVATIER: *Les metamorphoses economiques et sociales du Droit Civil d'au jourd'hui*, 1948.

MORIN: *La révolte du Droit contre le Code*, 1945.

SALEILLES, Raymond: *L'oeuvre juridique de*, 1914.

SOLON: *Théorie sur la Nullité*, 2 vols., 1833.

JAPIOT: *Des Nullités en matiére d'actes juridiques*, 1909.

LUTZESCO: *Théorie et des Nullités*, t. I, 1938.

KELSEN: *El Contrato y el Tratado*, traducción de García Máynez, 1943.

PONCEAU: *La volonté dans le contrat suivant le Code Civil*, 1921.

CARRARA: *La Formazioni dei contratti*, 1915.

HILSENRAD: *Des obligations qui peuvent naître au coûrs de la préparation d'un contrat*, 1932, y traducción española con el título de *Las obligaciones precontractuales.*

FERRARA: *Teoría del negozio illecito nel Diritto Civile Italiano*, 2ª ed., 1914 y 1ª ed., 1902.

RIPERT: *La Régle Morale dans les obligations civiles*, 4e. éd., 1949, et 2e. 1927.

BONNECASE: *Science du Droit et Romantisme*, 1928 *(Moral y Derecho).*

————. *La pensée juridique français de 1804 a l'heure presente*, 1933.

BETTI: *Teoría Generale del negozio giuridici*, 2ª ed., 1950. (Hay una traducción al español de la 1ª edición.)

TZARANO: *Étude sur la régle:* "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans."

BRETONNEAU: *Étude sur les clauses d'inaliénabilité*, 1902.

SAIGNAT: *De la clause portant défense d'aliéner*, 1896.

LOUIS, Lucas: *Volonté et cause*, 1918.

CAPITANT: *De la cause des obligations*, 3e. éd., 1927.

DABIN: *La teoría de la causa* traducción al español y notas por F. de Pelsmacker, 1929.

BATTISTONI: *La causa nei negozi giuridici.*

JOSSERAND: *Les Mobiles dans les actes juridiques du Droit privé*, 1928.

CÉLICE: *El error en los contratos*, traducción de C. Camargo y Marín.



DEMONTÉS: *De la lésion dans les contrate entre majeurs*, 1924.

ANDRONESCO: *L'Inégalité des prestations dans les contrats*, 1922.

POPESCO-RAMNICEANO: *De la représentation dans les actes juridiques en Droit comparé*, 1927.

HUPKA: *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, traducción del alemán y notas por L. Sancho Seral, 1930.

MADRAY: *De la représentation en Droit privé*, 1931.

CLARISE: *De la représentation.*

TRASBOT: *El acto de administración en Derecho privado Francés.* Traducción de Francisco Porrúa Pérez, 1945.

SALEILLES: *De la Déclaration de Volonté*, 1929.

CHABAS: *De la déclaration de volonté en Droit Civil Français.*

DANZ: *La interpretación de los negocios jurídicos*, traducción de la 3ª adición alemana y *Concordancias con el Derecho Español* por W. Roces, 1926.

LABORDE-LACOSTE: *Essair sur la notion d'ayant cause a titre particulier*, 1916.

BADENES GASSET: *El riego imprevisible.*

PACCHIONI: *I contratti a favore dei terzi.*

GENNARO: *I Contratti misti*, 1934.

ASCARELLI: *El contrato plurilaterado.* Traducción de René Cacheaux Sanabria, 1949.

LACROIX: *Étude d'une des sources de l'engagement sur soi-meme a creancier indéterminé*, 1903.

MESSINEO: *I titoli di credito*, 2ª ed., 3 vols., 1933.

ARCANGELI: *Teoría de los títulos de crédito* (traducción de Felipe de Jesús Tena), 1933.

THALLER: *De la nature juridique du titre de crédit*, 1907.

VICENTE y GELLA: *Los títulos de crédito en la doctrina y en el Derecho positivo*, 1933.

ASCARELLI: *Teoría general de los títulos de crédito*, traducción al español por René Cacheaux, 1947.

TENA (F. de J.): *Derecho Mercantil Mexicano*, t. II. "Título de Crédito" 1939.

ESTEVA RUIZ: *Los títulos de crédito en el Derecho Mexicano*, 1938.

WAHL: *Traité théorique et pratique des titres au porteur*, 1891, 2 vols.

BRUSCHETTINI: *Trattato dei titoli al portatore*, 1898.

GEROTA: *La Théorie de l'enrichissement sans cause dans le Code Civil Allemand*, 1925.

CHIRONI: *La culpa en el Derecho Civil moderno (Culpa extra-contractual y culpa contractual*, traducción española de la 2ª edición italiana), 3 vols., 1904 a 1907.

LALOU: *La responsabilité civile*, 1928 y 4ª edición, 1949.

GARDENAT et SALMON-RICCI: *De la responsabilité civile*, 1927.

MAZEAUD (H. et L.): *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Delictuelle et Contractuelle*, 4e. éd., 3 vols., 1948, 1949 y 1950. (La 2ª edición es de 1934.) La 5ª edición es con la colaboración de Tunc, 2 vols., 1957 y 1958.

SAVATIER: *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Française.* 2 vols., 2ª éd., 1951 et 1ª éd., 1939.

BRUN: *Rapports et domaines des responsabilités contractuelles et délictuelle*, 1931.
FISCHER: *Los daños civiles y su reparación*. Traducción del alemán con concordancias y un apéndice sobre Derecho Español, por W. Roces, 1928.
MINOZZI: *Studio sul danno non patrimoniale*, 3ª ed., 1917.
LALLEMENT: *L'état de nécessité en matiére civile*, 1922.
CHARMONT: *Les transformations du Droit Civil*. (Chap. XV, *L'idée de faute et l'idée de risque*), 2e. éd., 1921.
JOSSERAND: *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, 1927.
BARTIN: *Théorie des conditions Imposibles, illicites ou contraires aux moeurs*, 1887.
NUSSBAUM: *Teoría jurídica del dinero*, traducción del alemán y notas por L. Sancho Seral, 1929.
SCHKAFF: *La dépréciation monetaire, Ses effects en Droit privé*, 1925.
ROZIS: *L'exécution des obligations et les variations de valeur de la monnaie*, 1925.
GENY: *Quelques observations sur le rôle et les pouvoirs de l'État en matiére de monnaie et de papier-monnaie*, 1929.
RICCA-BARBERIS: *La chiamata in causa durante l'evizione*, 1924.
GROUBER: *De l'action Paulienne en Droit Civil Français contemporain*, 1915.
FERRARA: *La simulación de los negocios jurídicos*, traducida de la 5ª edición italiana por R. Atard y J. A. de la Puente, 1926.
BUTERA: *Dell-azione pauliana o revocatoria*, 1934.
BUTERA: *Della simulazione nei negozi giuridici e degli atti in fraudem legis* 1936.
DIEGO: *Transmisión de las obligaciones*, 1912.
GAUDEMET: *Étude sur le transport de dettes a titre particulier*, 1898.
NICOLÓ: *Il negozio delegatorio*.
CUTURI: *Trattato delle compensazioni del Diritto Privato Italiano*, 1909.

## DICCIONARIOS Y PUBLICACIONES PERIODICAS

ESCRICHE: *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*.
FUZIER-HERMANN, CARPENTIER et FREREJOUAN DU SAINT: *Répertoire Général Alphabetique du Droit Français*, 37 vols., *Supplements*.
SCIALOJA (Vittorio), etc.: *Dizionario Pratico del Diritto Privato*, vols. 1 a 4 (en 6 tomos, letras *A-O*).
*Revue Trimestrielle de Droit Civil* (Directeurs: Esmein, Massigli, Saleilles, Wahl, Capitant, Bartin, Savatier, Solus, Julliot de la M. et Ronast).
*Revista de Derecho Privado*, dirigida por F. Clemente de Diego y José María Navarro de Palencia.
*Rivista di Diritto Civile*, diretta da Ascoli, Bonfante, Longo, Porro.
*Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obbligazioni*, diretta dagli avvocati A. Sraffa e C. Vivante.
*Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, dirigida por el licenciado A. Vázquez del Mercado, tomos I a V, 1930-1934.



*La Justicia*.
CHÁVEZ HAYHOE: *Prontuario de Ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia*.
*Revista de Derecho español y americano*, dirigida por PUIG PEÑA.
*Semanario Judicial de la Federación*.
*Anales de Jurisprudencia*.
*Los Tribunales*.
*Boletín de Información Judicial*. 10 vols., años de 1948 a 1958.

## BIBLIOGRAFIA ADICIONAL

RIPERT: *Les Forces, Crèatrices du Droit*, 1955.
CASTÁN TOBEÑAS: *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, 1947.
SAVATIER: *Cours de Droit Civil*, 2e. éd., 3 vols.: t. I, 1947, t. II, 1949 y t. III, 1951.
PLANIOL ET RIPERT: *Traité Pratique de Droit Civil Français*, 2e. éd., Obligations, t. VI, prèmiere partie par Esmein, 1952, et deuxième partie avec le concours de Esmein, Radouant et Gabolde, t. VII, 1954.
LALOU, *Traité Pratique de la Responsabilité Civile*, 4e. éd., 1949.
L. MAGUET ET M. MAGUET. *Traité et Formulaire a l'usage des aspirants au notariat et pour la preparation aux examens*, 4e. éd., t. I, 1953.
NIZZA (SEBASTIANO). *Testo Unico delle Leggi Sull'ordinamento del Notariato e Degli Archivi Notarili*, 1952.
ENRIQUE GIMÉNEZ ARNAU: *Instituciones de Derecho Notarial*, 1954.
CARLOS EMÉRITO GONZÁLEZ, *Teoría General del Instrumento Público*, 1953.
MANUEL VILLAVERDE PARRONDO y PEDRO ANTONIO LÓPEZ CRUZ: *El Oficial de Notaría*, 1953.
CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español común y foral*, 7ª ed., 5 volúmenes, 1951 a 1953.
MESSINEO: *Manual di Diritto Civile e Commerciale*, 8ª ed., 5 vols., 1950 a 1952.
BARASI: *La Teora Générale delle Obbligazioni*, 3 vols., 1946.
BETTI: *Teoría Générale delle Obbligazioni*, 2 vols., 1953.
D'AMELIO ED FINZI: *Codice Civile, Libro delle Obbligazioni*, volume I, Comentario a cura de Avanzo, etc., Delle Obbligazioni in generale, 1948.
PACCIONI y GRASSETTI: *Obbligazioni e Contratti*, 1950.
MESSINEO: *Dottrina Générale del Contratto*, 3ª ed., 1948.
BETTI: *Teoría Générale del Negozio Giuridico*, 2ª ed., 1950. Además traducción al español de la primera edición de este último libro por Martín Pérez, conteniendo concordancias con el derecho español.
MEDINA y MARAÑÓN: *Leyes Civiles de España*, Novísima edición, revisada, corregida y puesta al día por Castán Tobeñas, Garrigues, Batlle Vázquez, Prieto Castro, Roca Sastre y Ortega Lorca, 1949.

NOTA: Las obras de Derecho Civil en general y las de Obligaciones y Contratos en general, serán citadas expresándose sólo los nombres de los autores: cuando un autor lo es de varias obras, a su nombre se agregará el título o parte del título del libro, para que éste quede identificado.

TÍTULO CUARTO

## METODO DE INTERPRETACION

ANTECEDENTE. Es antecedente de los títulos segundo, tercero y cuarto de esta introducción mi estudio publicado en los *Anales de Jurisprudencia*, tomo V, páginas 63 a 72,230 a 243, 522 a 526 y 630 a 640, y tomo VII, páginas 770 a 788 (en 30 de abril, 15 de mayo, 31 de mayo, 15 de junio y 31 de diciembre de 1934), bajo el rubro de "El método de interpretación aplicable al Derecho privado positivo mexicano. Breve indicación de las fuentes en el mismo Derecho".

### BIBLIOGRAFIA

AUBRY et RAU, t. I, págs. 129-134; BLANCO CONSTANS, t. I, págs. 329 y sigs.; BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité Théorique et pratique de Droit Civil*, 3e. éd., t. I (avec la colaboration de HOUQUES-FOURCADE), números 251-264 *bis; Supplément* par BONNECASE, t. I, núms. 228 et siguientes; tome IV, núms. 22 et 23; BONNECASE, *Précis de pratique judiciaire et extrajudiciare, Elements de clinique juridique*, núms. 43-94; BONNECASE, *Précis*, t. I, núms. 86-133; BONNECASE, *Introduction à l'Étude du Droit*, núms. 38 et siguientes (2e. éd., núms. 109 et sigs.); BONNECASE, *L'École de l'exégèse en Droit Civil*, 2e. éd., BONNECASE, *La Thémis*, "Son fondateur Athanase Jourdan", 2e. éd., núms. 50-62; BONNECASE, *La cité moderne et les transformations du Droit*, págs. 48-84; BARASI, *Ou en est le Droit Civil*, págs. 12-48; BOLAFFIO, *Il Codice di Commercio commentato*, t. I, págs. 43-117; BRUGI, págs. 40-57; CAPITANT, *Introduction*, etc., núms. 62-73, *Commissione Ministeriale per la riforma della Legislazione Commerciale, Progetto Preliminare per il nuovo Codici di Commercio*, págs. 3 y 197; *Commissione Reale per la Riforma dei Codici, Codici de Commercio, Progetto*, t. I, págs. 22, y t. II, págs. 15; CORNIL, *Le Droit privé Essai de sociologie juridique simplifiée*, págs. 46-89; COVIELLO, págs. 31-92; CRUET, *La vie du Droit et l'impulssance des lois;* CUNHA GONÇALVES, t. I, núms. 465-505; DEGNI, *L'interpretazione delle legge*, 2ª edizione; DIAS FERREIRA, t. I, págs. 25-26; DIEGO, *Curso Elemental*, etc., t. I, lecciones 16 a 21, págs. 394-672; DIEGO, *La jurisprudencia como fuente del Derecho;* DIEGO, "El método en la aplicación del Derecho Civil", "Los Principios Generales del Derecho *(Revista de Derecho Privado*, t. III, págs. 285-304); DUALDE, *Una Revolución en la lógica del Derecho*, 1933, *Exposición de motivos del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales del año de 1870;* ESMEIN, "La jurisprudence et la doctrine" *(Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tome I, pág. 5); FERRARA, *Tratatto*, etc., t. I, núms. 41-55; GARCÍA GOYENA, *Comentario al artículo 12;* GENY, *Méthode d'interpretation*, etc.; GENY, "Les procédés d'élaboration du Droit Civil" *(Les méthodes juridiques*, páginas 172 y siguientes); GENY, *Science et Technique*, etc., tomo IV, números 279-283; GIORGI, tomo I, números 20-31; GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI, tomo I, páginas 9-40; JHERING, *L'esprit du Droit Romain*, 3e. éd., t. II, págs. 64-65 et t. III, págs. 148-162; LACOUR et BOUTERON, t. I, núms. 17-20; LAURENT, *Cours Élémentaire de Droit Civil*, t. I, *Préface;* LAURENT, *Principes*, etc., t. I, núms. 268-286; LYON-CAEN et RENAULT, *Traité*, etc., t. I, núms. 74-85; LYON-CAEN et RENAULT, *Traité*, etc., t. I, núms. 74-85; LYON-CAEN et RENAULT, *Manuel*, etc., núm. 13; MICELI, "I principii generali del Diritto" *(Rivista di Diritto Civile*, anno XV, 1923, pág. 23); MICELI, "Il Diritto positivo e il sistema giuridico" *(Rivista di Diritto Civile*, anno XVI, 1924, pág. 326); PACCHIONI, *Elementi di Diritto Civile*, 2ª ed., págs. 51-61; PACIFICI-MAZZONI, t. I, núms. 16-83, págs. 69-91; PAGE, *De L'interprétation des lois*, 2 vols.; PALLARES, "Los contratos solemnes" *(Revista de Legislación y Jurisprudencia*, publicada por Emilio Rabasa y Víctor Manuel Castillo, 1890, enero-junio, t. III, págs. 169-177); PALLARES, "El Poder Judicial" (Revista citada de Rabasa y Castillo, año de 1889, agosto-diciembre, t. II, págs. 270-274); PERREAU, *Technique de la jurisprudence en Droit privé*, 2 vols.; PLANIOL, tomo I, núms. 199-225; RADBRUCH, *Introducción a la Ciencia del Derecho* (traducción española), págs. 155-163 y 250-256, *Recueil d'etudes sur les sources du Droit en l'honneur de François Geny*, 3 vols.; REICHEL, *La Ley y la Sentencia* (traducción del alemán al español); RENARD, *La valeur de la loi;* RIAZA MARTÍNEZ OSORIO, *La interpretación de las leyes y la doctrina de Francisco Suárez;* RICCI, t. I, núms. 11-17; ROSSEL et MENTHA, t. I, núms. 48-53; ROCCO, núms. 25-40; la misma obra, traducción española, párrafo 10 y siguientes; ROTONDI, "Equitá e principii generali di Diritto" *(Rivista di Diritto Civile*, anno XVI, 1924, pág. 266). La traducción al español de este artículo se publicó en la *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, t. II, págs. 51-65; RUGGIERO, t. I, párrafos 12, 13, 17 y 18; SALEILLES, Prefacio a la obra de Geny *Méthode d'interprétation*, etc.; SALEILLES, "Le Code Civil et la Méthode Historique" *(Livre du Centenaire*, t. I, pág. 97); SALEILLES, "Ecole Historique et Droit Naturel d'après quelques ouvrages récents" *(Revue Trimestrielle de Droit Civil*, t. I, année 1902, pág. 80); SALVAT, *Parte General*, núms. 337-161; SAVIGNY, *Traité de Droit Romain*, t. I, paragraphes XXXII-XXXVII, págs. 201-234; SCIALOJA *(A.)*, "Le fonti e l'interpretazione del Diritto Commerciale" *(Saggi di vario diritto*, t. I, págs. 253-325); THALLER, números 46-52; THUR, *Parte General del Derecho Civil*, traducida y concordada con el español por Roces, 2ª ed., págs. 10-14; VECCHIO (DEL), *Los principios generales del Derecho*, traducción y apéndice por Juan Osorio Morales y prólogo de Felipe Clemente de Diego (el mismo estudio fue publicado con el título de "Essai sur les principes generaux du Droit", en la *Revue critique de legislation et de jurisprudence*, 1925, págs. 153 et sigs.); VIVANTE, *Trattato*, etc., t. I, págs. 12-29; WINDSCHIED, t. I. párrafos 20-24, págs. 63-75, t. IV, págs. 12-29; HERNÁNDEZ GIL, *Metodología del Derecho*, 1945; CARNELUTTI, *Metodología del Derecho*, traducida por Ossorio; *Curso colectivo sobre la interpretación de la Ley*, por GARCÍA MÁYNEZ, VALDÉS VILLARREAL, LABORDE, DOMÍNGUEZ (V.) y ESTEVA RUIZ, *Revista de la Escuela Nacional de*

*Jurisprudencia*, julio-diciembre de 1947, t. XI, núms. 35 y 36; GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al Estudio del Derecho*, 3ª ed., capítulos XXII a XXIX; CASTÁN TOBEÑAS, *Teoría de la aplicación e investigación del derecho* (Metodología y técnica operatoria en derecho privado positivo), 1947; RIPERT, *Las Forces Creatrices du Droit*, 1955; MARZANO, *L'interpretazione delle legge*, 1955.

## CAPÍTULO PRIMERO

### *Métodos de interpretación*

Los métodos conocidos de interpretación del Derecho privado positivo se pueden reducir a tres: el método clásico o tradicional, el de la escuela histórica y el científico. Vamos a exponer el primero de estos métodos, y su crítica, con arreglo al *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Civil*, por Baudry-Lacantinerie, tomo primero, escrito con la colaboración de Houques-Fourcade y citas de otros autores. En seguida daremos una idea del segundo método y de su crítica, según Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade, y concordancias de Geny. A continuación expondremos el método de la escuela científica, reproduciendo las ideas pertinentes de Geny en su *Método de Interpretación*, etc. [2ª ed.], y presentando, en síntesis, la opinión de Bonnecase, según su "Compendio de Práctica Judicial y Extrajudicial."

## SECCION 1ª METODO CLASICO O TRADICIONAL

### I. INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES

A. *Interpretación propiamente dicha.* He aquí las principales reglas que hay que seguir para fijar el verdadero sentido de la Ley [Baudry-Lacantinerie, t. I, núm. 258; Laurent, t. I, núm. 269].

Primera regla: Cuando la ley se expresa claramente, el intérprete debe, ante todo, atenerse a su texto [Nota núm. 1]. La obra del intérprete es

[1] "Los que defienden la supremacía o la soberanía del texto literal (de la Ley) ignoran realmente lo que es un Código, lo que es la Ciencia del Derecho, lo que es la legislación positiva. Espíritus pobres de ideas creen entender la Ley porque entienden su sentido literal... suponen que una ley es clara y debe aplicarse judaicamente cuando es clara el sentido de sus palabras, por más que esas palabras encierren un dislate jurídico o contengan un precepto notoriamente inicuo, notoriamente fuera del espíritu dominante en el conjunto del Código, notoriamente extraño a todo antecedente jurídico... no es la claridad literal del texto la que excluye su interpretación, sino la claridad jurídica; pero la claridad jurídica no puede tenerse sino por el conocimiento de los precedentes científicos, históricos, doctrinales de donde esté tomada la ley, de los que ésta es una simple fórmula abreviada: en el estudio de esos antecedentes es donde está, pues, el espíritu, la inteligencia, el sentido verdadero de la ley, la voluntad cierta del legislador" (Jacinto Pallares, *Los Contratos Solemnes*, págs. 175-177).



reconstituir el pensamiento del legislador; y el mejor medio es atenerse a la idea que el texto expresa claramente [*B. L.*, t. I, núm. 258; *L.*, t. I, núms. 272 y 273]. Sobre la importancia del texto insiste singularmente Laurent, en el Prefacio de su *Curso Elemental*. Hay, sin embargo, un caso en que el intérprete tiene el derecho y el deber de apartarse del sentido literal de la ley; es cuando se demuestra claramente que el legislador ha dicho una cosa distinta de la que quería decir [*B. L.*, t. I, núm. 258; *A. et R.*, t. I, págs. 129 y 130; *P.*, t. I, número 216; *L.*, t. I, núms. 273 y 274]. [Nota núm. 2.] Como consecuencia del carácter imperativo de la ley, debe interpretarse según la voluntad que ha presidido a su origen [*B. L.*, t. I, núm. 258 *bis*].

Segunda regla: Cuando el sentido de la ley es dudoso se necesita, en primer lugar, recurrir a la interpretación gramatical, que tiene por objeto determinar el sentido de las palabras y de las frases por la aplicación de las reglas del lenguaje, debiéndose preferir las significaciones técnicas a las vulgares y entender las palabras y frases en el sentido que mejor se relacionen con la materia a propósito de la cual han sido empleadas [*B. L.*, t. I, núm. 259; *A. et R.*, t. I, págs. 130 y 131].

Tercera regla: Es preciso, en seguida, aplicar los numerosos procedimientos de la interpretación lógica que por medio del razonamiento y por encima de las palabras tratan de llegar hasta el centro del pensamiento legislativo [*B. L.*, t. I, núm. 260; *L.*, t. I, núms. 273, 274 y 275].

Se relaciona el texto por interpretar con otras disposiciones legales relativas al mismo objeto o a objetos análogos, debiéndose suponer que todas estas disposiciones deben ser coherentes [*B. L.*, t. I, número 260; *A. et R.*, t. I, pág. 130]. Esta se llama interpretación sistemática.

Se busca el espíritu de la ley, es decir, sus motivos, su fin. Se les encuentra en las opiniones de sus redactores, en las circunstancias concretas que han dado lugar a su confección, en el medio social que las ha visto aparecer, en los trabajos preparatorios, en los escritos de los jurisconsultos y, en fin, en el derecho anterior [Nota núm. 3], porque cuando el legis-

[2] "En definitiva, decir que los textos claros no son susceptibles de interpretación y que hay que atenerse a ellos, a no ser que fuera otra la intención del legislador... responde a opuestos impulsos... Se dice que se debe y que no se debe interpretar; se habla del resultado de una interpretación y se la prohibe. Lo contradictorio se apodera... del método." (Dualde, *op. cit.*, pág. 63.)

[3] "En general (el legislador), en el conjunto de sus preceptos no hace otra cosa que: o reproducir bajo una forma lacónica las doctrinas y las máximas del derecho acostumbrado y de los comentadores y Códigos antiguos, o aceptar también, bajo la forma lacónica de un precepto, algunas de las opiniones opuestas enseñadas o sostenidas por la ciencia y las legislaciones. Si a esto se reduce el papel de los redactores de un Código entonces es ineludible la necesidad de consultar las fuentes de donde está tomado y de seguir el desenvolvimiento científico de esas fuentes en los tratadistas y en la jurisprudencia, para comprender el espíritu, el sentido, el alcance de los preceptos de ese Código, y para tener el acopio de criterios suficientes, a efecto de resolver los conflictos, las antinomias y aun las iniquidades que resulten del texto literal" (Jacinto Pallares, *Los Contratos Solemnes*, pág. 175). Como lo indica el

lador reproduce una regla ya formulada por la ley, es probable que conserve el sentido que tenía *[B. L.*, t. I, número 261; *A. et R.*, t. I, pág. 130; *P.*, t. I, núm. 219].

Cuarta regla: Cuando hay dos textos legales contrarios, hay que ver si uno puede considerarse como decisión de principio y el otro como disposición de excepción *[P.*, t. I, núm. 223].

Quinta regla: Hay que apreciar, en fin, las consecuencias a las cuales conduce la ley, según que se entienda en tal o cual sentido. Se debe usar con discreción de este procedimiento, que no permite apartar sino las interpretaciones que harían consagrar por la ley una injusticia o una inconsecuencia *[B. L.*, t. I, núm. 263; *A. et R.*, t. I, pág. 130]. [Nota núm. 4.]

B. *Aplicación de la ley propiamente dicha.* Para determinar el alcance de la ley, el intérprete debe, en segundo lugar, resolver las cuestiones concretas que suscita la vida, aplicando a ellas los principios de la ley *[B. L.*, t. I, núm. 264].

Esta debe aplicarse a todos los casos que, aunque no estén comprendidos en su texto, deben estar regidos por ella según su espíritu: donde hay la misma o mayor razón que la de la ley, debe haber la misma disposición. Esto es lo que se llama interpretación extensiva *[B. L.*, t. I, núm. 264; *A. et R.*, t. I, págs. 131 y 132; *P.*, t. I, núm. 222; *L.*, t. I, núm. 276]. Sin embargo, el argumento de analogía no es admisible cuando una disposición es excepcional, es decir, cuando deroga una regla *[B. L.*, t. I, núm. 264; *A. et R.*, t. I, pág. 132; *P.*, t. I, núm. 222; *L.*, t. I, núm. 277].

En sentido inverso la ley no se aplica a las situaciones que, aunque comprendidas en su texto, están excluidas por el espíritu de su disposición: cesando la razón de la ley cesa su disposición. Esto es lo que se llama interpretación restrictiva *[B. L.*, t. I, núm. 264; *A. et R.*, t. I, pág. 131; *P.*, t. I, núm. 216].

Es verdad que, en virtud de otra regla, no está permitido distinguir cuando la ley no distingue *[L.*, t. I, núm. 278]. Pero esta regla, que, prohi-

mismo jurisconsulto, los redactores de nuestro Código Civil de 1870, en su exposición de motivos citan los principios, Códigos, Proyectos de Códigos, etc., con los que contaron como elementos para la formación de aquel Código. En cuanto al de 1928, uno de sus autores, el Lic. Ignacio García Téllez, ha publicado una tabla en la que pueden verse los Códigos, etc., de donde se tomaron los artículos del nuevo Código. (Motivos, colaboración y concordancia del *Nuevo Código Civil Mexicano*, págs. 104-168.)

[4] A este respecto dice Planiol lo siguiente: "Las leyes se establecen para procurar a los hombres la mayor suma de utilidad posible. Una ciencia jurídica que terminara en soluciones injustas o perniciosas sería falsa, iría contra su fin. El método lógico no debe emplearse solo; debe ser templado por consideraciones de utilidad y de equidad. Hay, evidentemente, un límite que guardar, para que el juez, que no es sino un intérprete, no sustituya su pensamiento personal a la autoridad de las leyes; pero hay también algo que hacer para que la ley interpretada mecánicamente no se vuelva en contra de su fin, que es el bien social. Estas son las ideas difundidas por Ihering" *(P.*, t. I, núm. 224).



biendo restringir la aplicación de un texto concebido en términos generales, está únicamente fundada en el respeto de la voluntad de sus autores, no podría ciertamente ser obstáculo para que sea interpretado restrictivamente, cuando tal es justamente, por hipótesis, la intención del legislador *[B. L.*, t. I, núm. 264; *A. et R.*, t. I, pág. 131].

El argumento *a contrario sensu* es uno de los otros recursos de la interpretación restrictiva. Este argumento parte de la voluntad expresada en vista de cierta situación por el legislador, para suponerle en todas las otras una voluntad contraria. Esta suposición, pudiendo ser enteramente gratuita, por esta razón que el silencio del legislador es susceptible de explicarse de muchas otras maneras, el argumento a contrario es peligroso; no es probatorio sino cuando, partiendo de una disposición ciertamente excepcional, permite volver al derecho común, el que recobra entonces su imperio *[B. L.*, t. I, núm. 264; *A. et R.*, t. I, pág. 132; *L.*, t. I, núm. 279].

## II. Interpretación del derecho cuando falta la ley

Cuando la ley es infecunda y, a pesar de todos los recursos de la interpretación, no suministra la regla de una relación jurídica, ¿dónde debe buscarse esta regla? El método clásico supone que la ley es la única fuente del derecho. La ley no tiene solamente por efecto fijar el derecho en su estado actual, sino que contiene en germen, por el espíritu general que la anima, sus aplicaciones futuras. La interpretación del derecho es sinónima de interpretación de la ley, y ésta no se presenta sino como una investigación de voluntad que no encuentra base firme sino en las manifestaciones positivas de la ley misma. A la lógica pertenece en este método fecundar los gérmenes depositados en la ley por la voluntad de sus autores. La tarea del intérprete consiste en sacar, por medio de la inducción, de las expresiones particulares de esta voluntad el principio superior del que proceden, en relacionar las unas con las otras por el vínculo del concepto general del que son otros tantos reflejos, y, después, habiéndose remontado por esta vía a su fuente común, en descender, por la corriente de la deducción, hacia el campo de las consecuencias para reconocer igualmente a todas ellas la misma fuerza obligatoria *[B. L.*, t. I, núm. 264 *bis* I, 264 *bis* II].

## III. Crítica

La rigidez de este sistema no carece de grandes ventajas. La fijeza del derecho, que es el fruto de este método, es la mejor garantía de la estabilidad de las relaciones jurídicas.

Sin embargo, este método ha suscitado las más vivas críticas [véase Geny, *Méthode*, t. I, y Bonnecase en sus obras citadas, especialmente en *L'école de l'exégèse*, etc., y en el *Suplemento*, etc., t. I]. Exagera el elemento legal y abusa de las abstracciones lógicas. Se le reprocha paralizar

la evolución fatal del derecho. Este tiene por objeto dar satisfacción a las necesidades de la sociedad y no obedecer a las leyes rigurosas de la lógica; para adaptarse a esas necesidades debe modificarse como ellas, con el tiempo. Ahora bien, el método clásico quita a la ley toda plasticidad, apartándola de la vida real, y entonces ésta busca fuera de la ley las satisfacciones prácticas, y en esta lucha termina por vencer las resistencias del derecho. Y es que encuentra para este objeto, una ayuda deliberada por parte de la jurisprudencia *[B. L.*, t. I, núm. 264 *bis* II y III; Geny, *Méthode*, etc., t. I, núm. 32, 33, 81 *bis*, 82].

La ley no puede suministrar por sí sola toda la materia de la elaboración jurídica, porque la ley es el producto de una inteligencia y de una voluntad que no puede comprender sino las relaciones actuales; sino resolver los conflictos ya nacidos y, cuando más, presentir los más probables. Pero las transformaciones sociales son tan profundas y tan incesantes que sólo un poder de adivinación sería capaz de dar anticipadamente reglas para los intereses nuevos que aquéllas harán surgir *[B. L.*, t. I, núm. 264 *bis* V; Geny, *Méthode*, etc., t. I, núms. 57, 81 *bis*].

## SECCION 2ª METODO DE LA ESCUELA HISTORICA. SU CRITICA

Como reacción contra el dogmatismo y la rigidez del primer método, ha surgido otro de tendencias diametralmente opuestas. Penetrados sus adeptos de esta idea, de que el derecho debe, ante todo, satisfacer las necesidades de la vida jurídica actual, profesan el principio de que la mejor interpretación de las leyes es la que las plega mejor a las necesidades presentes. La ley, una vez dictada, se desprende del pensamiento de sus autores para vivir una existencia autónoma y adaptarse a todas las modificaciones de la vida social *[B. L.*, t. I, núm. 264 *bis* VII, y Geny, *Méthode*, núm. 97]. En este sentido. Ballot-Beaupré y Fabreguettes, citados por Bonnecase en su *Précis de pratique judiciaire et extrajudiciaire*, núm. 75 y nota en la página 182. A la escuela histórica pertenecen, entre otros, Savigny, Saleilles, Degni y Cimbali].

El intérprete tortura el texto para obtener de él una cosa distinta de la que el legislador ha querido [Geny, t. I, núm. 97]. Este segundo método se ha combatido diciendo, y con razón, que no se puede considerar como sistema de interpretación de la ley [Geny, t. I, núm. 97] un método en donde el texto legal no es sino un pretexto y el intérprete en este método puede, con mucha facilidad, sustituir el producto de su propia elaboración deformando la ley *[B. L.*, t. I, núm. 264 *bis* VIII]. Además, con él se perdería el carácter de certidumbre de la ley y, en consecuencia, la seguridad de las transacciones individuales [Geny, t. I, núm. 97]. Por último, sacrificando como elemento de interpretación de la ley la voluntad subjetiva que la ha dictado, se desconoce la esencia y la razón de ser de la ley, que es la expresión de una voluntad inteligente [Geny, t. I, núm. 97].



## SECCION 3ª METODO DE LA ESCUELA CIENTIFICA

### I. GENY

Entre los dos métodos anteriores hay uno que sin ligarse demasiado con la ley, como el primero, sin embargo conserva el respeto debido a la voluntad de la ley *[B. L.*, t. I, núm. 264 *bis* IX]. Este método es el de Geny, quien lo sostiene en su libro, considerado, con razón, como una obra maestra, denominado *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*.

En este método se considera como fuentes formales del derecho la ley escrita y la costumbre [Geny, t. I, núm. 91].

A. *La ley escrita.* Comenzaré por transcribir los conceptos de Geny, que considero fundamentales, sobre la ley escrita, su interpretación y sus límites.

"La ley no es otra cosa que una voluntad, que emana de un hombre o de un grupo de hombres y condensada en una fórmula... interpretar la ley consiste, simplemente, en buscar el contenido de la voluntad legislativa con ayuda de la fórmula que la expresa. Y, mientras queda uno en la esfera de la interpretación de la ley propiamente dicha, esta busca debe hacerse sin idea preconcebida, ni sobre la perfección más o menos ideal de la regla por descubrir ni sobre su adaptación más o menos completa al medio social en el que debe aplicarse. Ciertamente no entiendo que el intérprete del derecho deba apartar estos elementos de su horizonte; pero afirmo que aquí no puede y no debe servirse de ellos, sino para esclarecer el diagnóstico de la voluntad del legislador, no para mandar y rectificar esta voluntad... Como la voluntad que lo ha creado es el alma de todo acto jurídico, así la voluntad legislativa debe sola animar la fórmula que la revela. Solamente esta voluntad puede formar el objetivo esencial de toda interpretación propiamente dicha de la ley... asociándome plenamente a esta idea que el derecho debe, ante todo, satisfacer las necesidades de la vida jurídica actual, muy lejos de condenar la mayor parte de las soluciones a las que nuestra jurisprudencia o nuestra reciente doctrina han pretendido llegar por medio de la interpretación de los textos... alargaría, al contrario, el campo de los elementos de solución, siempre que, al menos, no percibiere en el texto el indicio de una voluntad legislativa, cierta, que tengo por infranqueable y que no es, a mi juicio, ni lícito ni digno eludir falseando o desnaturalizando un pensamiento que se impone [núm. 98]... Queda aún por saber en qué momento debe colocarse el intérprete, cuando trata de descubrir el pensamiento de la ley y las reglas que de ella se desprenden... Me basta, tratándose exclusivamente de la interpretación de la ley escrita en sí misma, con probar que ella, para alcanzar su fin esencial, para conservar toda la firmeza necesaria para su efecto, debe depender, en todas

sus partes, del momento de su origen... El estado social, contemporáneo del juez, no podría pesar directamente sobre la interpretación del texto legal, a no ser que éste expresara una noción móvil y fugaz por su naturaleza, tal como la noción de orden público, por ejemplo. Interpretar semejante noción, según las ideas reinantes en la época de la aplicación de la ley, no es comprometer la certidumbre de ésta, puesto que ella misma ha reconocido la contingencia y la relatividad de este elemento, cuya precisión ha dejado al intérprete... Sin embargo, y si yo rechazo, en principio, la idea de que la interpretación de la ley debería variar con el tiempo de su aplicación, creo poder hacer una concesión; o más bien, llego a darle satisfacción, en la medida legítima, analizando a fondo la noción propiamente jurídica de la ley. Esta supone, necesariamente, ciertas relaciones sociales, ciertas circunstancias económicas que aparecen como las condiciones mismas de su disposición... Supongamos que estas condiciones, expresas o tácitas de la disposición legal, llegan a desaparecer, o a transformarse al grado de perder toda su importancia. La prescripción que les estaba subordinada, se modificará, por lo mismo, y cesará de imponerse al intérprete, tal como estaba primitivamente formulada... Y, salvo esta reserva, que se presenta más bien a título de simple esclarecimiento, mantendría, como justificado únicamente, el principio de interpretación, que se liga, para fijar el alcance de un texto legal, al tiempo en que ha entrado en vigor [número 99]... me parecería bastante vano oponer, como se hace a menudo... la interpretación gramatical a la interpretación lógica. Es muy claro que una y otra se completan necesariamente [núm. 100] [Nota núm. 5]... Ante todo, a la fórmula es a la que es necesario pedir la revelación de la voluntad legislativa... se ha podido preguntar, si la fuerza obligatoria de la ley debía pertenecer... aun a las simples concepciones jurídicas, que aparecerían como habiendo inspirado al legislador y dominado sus decisiones, sin dar lugar, sin embargo, a reglas de derecho propiamente dichas... las concepciones jurídicas por las cuales el legislador traduce algunas veces su voluntad, son, en la medida en que las impone, obligatorias para el intérprete, tanto como todas las otras reglas legales... Dictando una regla jurídica, concebida en una fórmula general, el legislador, las más veces, no se habrá representado sino ciertas aplicaciones concretas... Sería, evidentemente, por un abuso de las ideas desarrolladas precedentemente por lo que se pretendería restringir la aplicación del texto a las hipótesis mis-

[1] "Se suele distinguir la interpretación en literal o lógica, según que el sentido se trate de inducir de la palabra o del fin de la ley; pero aun la interpretación gramatical es lógica, porque quiere deducir el valor de la norma jurídica a través de la palabra. No hay varias especies de interpretación, sino que la interpretación es única. Los diversos medios usados se ayudan recíprocamente, se combinan y recíprocamente se controlan para obtener la certeza del sentido legislativo" (Ferrara, *op. cit.*, t. I, núm. 43, pág. 207). "Toda interpretación legal es racional, es decir, interpretación teleológica. La distinción tradicional entre interpretación gramatical y lógica es absurda. Toda interpretación legal es lógica, o más exactamente, teleológica, es decir, interpretación derivada del fin" (Reichel, *op. cit.*, pág. 64).



mas, que el autor de la ley ha considerado o podido considerar. Su voluntad no ha sido menos general, según la extensión que ha dado a la fórmula legal, y es necesario no vacilar en hacer entrar bajo su disposición todo lo que el texto permite [núm. 101]... Toda esta investigación de la voluntad legislativa, según el contenido mismo del texto, implica una lógica íntima, inherente al lenguaje inteligente, sin la cual las palabras quedarían vacías de sentido, o, al menos, desprovistas de realidad fecunda. La lógica... permite penetrar, hasta sus últimas consecuencias, este pensamiento querido del legislador, puesto que las leyes naturales del espíritu humano ordenan suponer, en toda volición reflexiva, la prosecución de las deducciones racionales que permite el acto psicológico. Esta lógica, trabajando sobre las palabras, expresión de una voluntad inteligente, llega a ser tanto más fecunda cuanto que el texto de la ley se presenta... como la fracción de un conjunto tomado en su unidad y su totalidad... Y esto es enteramente sensible en las codificaciones, las que, por su naturaleza misma, dan lugar a una vasta elaboración lógica, que tiene por base la armonía necesaria entre disposiciones, unidas por una dependencia material y cronológica, y que forman las partes integrantes de un todo [núm. 102]... como la ley no es solamente fenómeno psicológico, como es, al mismo tiempo e inseparablemente, fenómeno social... es necesario... tener en cuenta ciertos elementos, exteriores al texto por interpretar... Estos elementos externos, indispensables a una interpretación fecunda de la ley son de naturaleza muy diversa... para comprender el alcance eminentemente práctico de la ley, el intérprete debe representarse, tan exactamente como sea posible, las relaciones de hecho que el legislador ha querido jurídicamente organizar, con todas las circunstancias que, determinándolas, hacen resaltar las exigencias morales, políticas, sociales, económicas, algunas veces aun técnicas, a las cuales la disposición debía satisfacer. Así aparecerá el fin propio de la ley *(ratio legis)*... Independientemente de esta envoltura... se ofrece a la observación del intérprete el medio social y jurídico, de donde la ley ha salido, determinado por los precedentes históricos, por la ocasión precisa de la ley *(occasio legis)*, por las concepciones reinantes en el espíritu de sus autores, sin hablar de influencias, menos directas, pero también enteramente eficaces, algunas veces, por ejemplo, la de las legislaciones extranjeras. Después, como elemento formal, amplificando el texto, y algunas veces explicándolo, los trabajos preparatorios de la ley... Todos estos elementos... me parecen muy legítimamente empleados, para arrancar al texto legal su enigma o para penetrar mejor su sentido, a condición solamente... que contribuyan positivamente a descubrir la voluntad del legislador... Esta fórmula nos indica, principalmente, la parte que hay que dar al elemento histórico en la interpretación propiamente dicha de la ley... cuando se hace intervenir la historia para esclarecer el texto de la ley, no es, no debe ser, la pura verdad histórica lo que hay que buscar, sino solamente el estado de espíritu histórico del legislador, en la medida en que ha determinado su voluntad soberana

[núm. 103]... Una palabra ahora de los trabajos preparatorios... los trabajos preparatorios de una ley no deben acogerse, como ilustración autorizada del texto, y para su interpretación intrínseca, sino en tanto que las ideas que se extraigan de ellos, hayan sido expresadas sin contradicción notable, en condiciones que permiten atribuirlas a la voluntad, las más veces, colectiva, que crea la ley, y siempre que el texto de ésta no repugne a ese complemento de explicaciones [núm. 104]... Algunas veces, esta fórmula (del texto) será demasiado estrecha, y las circunstancias extrínsecas, revelando un pensamiento más amplio en el legislador, conducirán a extender el alcance de su decisión textual. De aquí, la interpretación extensiva de la ley, que, sin confundirse con el procedimiento de la extensión por analogía, contribuye, principalmente al mismo tiempo que ella, a todo el desenvolvimiento de nuestro sistema de derecho privado positivo. Otras veces, al contrario, la fórmula demasiado amplia de la ley deberá, para corresponder a la voluntad de su autor, restringirse por la introducción de una exigencia, omitida en el texto oficial. De allí, la interpretación restrictiva de la ley, a la cual puede uno relacionar también el uso del argumento a contrario, legítimo cuando las circunstancias que revelan la intención del legislador prueban que, en su pensamiento, la disposición comprendida en su texto ha parecido necesaria como disposición excepcional, implicando una regla opuesta en los casos no exceptuados. Ya, en fin, las circunstancias exteriores a la fórmula, estableciendo que ésta ha traicionado verdaderamente el pensamiento legislativo, conducirán a una modificación del texto, que no se deberá admitir, sin duda, sino con gran circunspección, pero que estará justificada, sin embargo, en vista de que responde al fin propio de la ley, y será legítima, siguiendo la naturaleza de esta fuente formal, a condición solamente de apoyarse siempre esencialmente en el texto legal del que no debe ser sino la rectificación, jamás la negación..." [núm. 105].

Geny, tratando de los límites de la interpretación propiamente dicha de la ley, sigue diciendo: "...es preciso separar de la esfera legítima de la interpretación de la ley escrita toda busca de intención, tratando de conocer, no lo que el legislador efectivamente ha querido y resuelto, sino lo que habría decidido si su pensamiento se hubiese fijado en determinado objeto [núm. 106]... Además, la persecución de la misma idea general me va a conducir a colocar fuera de la interpretación de la ley, para someterlo a otras reglas de método, un procedimiento de importancia capital en la elaboración del sistema jurídico positivo, quiero decir la analogía. No creo que se pueda discutir el uso tan fecundo de la analogía en presencia del principio de orden sociológico, absolutamente seguro que le sirve de base. Pero, para asegurarle una útil y prudente actuación, es esencial descubrir la naturaleza íntima de ese procedimiento... Démonos cuenta, desde luego, de la manera como funciona la analogía, como procedimiento de interpretación jurídica, según el uso que uno está de acuerdo en hacer de ella. No se confunde, esto es bien cierto, con la interpretación extensiva de la



ley... La analogía... Sin detenerse en la busca de una voluntad, sea real, sea aun directamente supuesta, en el autor de la ley, trata de crear, con su decisión o con el conjunto de su sistema, una regla nueva y distinta, fundada en la identidad de razón jurídica *(Ubi eadem ratio, idem jus)* [Nota número 6]... el sistema jurídico positivo, objeto de la elaboración analógica, aparece como un hecho social, que, en sí mismo, y según su naturaleza, contribuye a llenar los vacíos de la ley, sin pretender bastar para ello. En consecuencia, la analogía no será ya obra de pura interpretación de textos.

---

* Con referencia a la analogía me parece interesante copiar los siguientes conceptos de Ferrara *(Op. cit.,* págs. 206, 227 y 228). "De interpretación se habla en sentido amplio y en sentido estricto. En sentido estricto la interpretación es la indagación del sentido de la ley y el desarrollo de su contenido en todas las relaciones: en sentido amplio, la interpretación comprende también la analogía, o sea la elaboración de normas nuevas para casos no previstos, inducidas de casos afines regulados por la ley. En la analogía, la obra del jurista se extiende en una esfera más alta, pero no se transforma en una creación del derecho, porque queda siempre vinculada a la ley... La analogía es la aplicación de un principio jurídico que la ley establece para cierto hecho a otro hecho no regulado, pero semejante jurídicamente al primero... El procedimiento por analogía se apoya en el concepto de que los hechos de igual naturaleza deben tener igual reglamento, y si uno de estos hechos encuentra ya en el sistema su disciplina, ésta constituye el tipo del cual se deduce la disciplina jurídica general que debe gobernar los casos afines... El orden jurídico... no es una masa inerte de los principios coexistentes, sino un cuerpo orgánico de normas íntimamente conexas y los principios que contiene en la base llevan el germen de desarrollos indeterminados." Dualde *(op. cit.,* págs. 76-85) examina la analogía diciendo: "¿Qué es analogía? Ante todo, en función interpretativa, es un procedimiento prelógico... Mediante la analogía, un caso que no está en la Ley se resuelve considerándolo comprendido en la Ley. Lo legalmente imprevisto se afirma que está previsto en un precepto donde no se le proveyó... un conflicto de intereses no está previsto por una norma, no obstante lo cual, se la aplica para que produzca un efecto de que ella no puede ser causa, lo cual contraría el principio de causalidad... La analogía es una inducción incompleta, va de lo semejante a lo semejante, pero sin contar con la certeza derivada de un principio de causalidad o de una relación de fundamento o fundado, previamente establecida... Con razón, dice Vecchio: «La doctrina común en lógica, que tiene su raíz en Aristóteles, distingue ya precisamente la analogía de la inducción, en que no va de lo particular a lo general, sino de lo particular a lo particular coordinado. No puede, por tanto, en rigor, construirse una verdad general por medio de la analogía»... Esto sentado, nos encontramos en condiciones de ver cómo el concepto lógico de la analogía ha sido substituido con indebida generalidad, por un procedimiento lógico de otro orden, pero perturbado por ella. Se ha afirmado que la analogía descansa en la *ratio legis* y en el principio *ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio.* Así, Andreas von Thur, dice: "La analogía, en cambio, consiste en hacer aplicación de una norma jurídica a un caso que no hallándose comprendido en la letra de la Ley presenta una afinidad jurídica esencial con aquel que la Ley decide."... Ferrara dice: ..."Base de la analogía puede ser: o una disposición singular (analogía *legis)* o un complejo de principios jurídicos, la síntesis de ellos, el espíritu del entero sistema (analogía *juris)*..." Del mismo modo piensa Vecchio en el párrafo a que antes he hecho alusión: "Merced a la analogía, el ámbito de aplicación de las leyes se extiende más allá del repertorio de casos originariamente previstos, con tal de que se trate de supuestos similares o afines a aquéllos, y siempre que la *ratio legis* valga igualmente para los unos y para los otros." Vander Eycken comienza por reconocer que hay casos de analogía en que no se

No razonará sobre la voluntad presunta o supuesta del legislador; no tomará las disposiciones legales sino como un punto de apoyo objetivo, para construir, por vía de libre investigación, en los intervalos, visiblemente dejados vacíos por las fuentes formales [núm. 107].

B. *La costumbre.* En seguida, Geny se ocupa de la segunda fuente formal, la costumbre, acerca de la cual dice en resumen: "A falta de la ley escrita, otra fuente puede ofrecerse que suministre al intérprete una solución enteramente dispuesta e indiscutible: la costumbre. Se trata de una institución, anterior históricamente a la ley, que responde a instintos profundos de nuestra naturaleza en el estado social, y cuyos rasgos esenciales, tales como los analiza la razón, según la observación de los hechos, se reducen a dos: *a)* El uso de hecho, que ha persistido durante un período de tiempo suficiente para establecerlo como adquirido; *b)* La convicción, en los interesados, de que este uso se impone bajo la sanción del derecho. Cuando estos elementos se justifican por el que reclama la costumbre, si no se encuentran en oposición con obstáculos superiores, tales como la irracionalidad evidente del uso, resulta una regla de derecho consuetudinario, que equivale subsidiariamente a la ley. Puede, pues, suplir o completar a ésta, pero no

contempla la *ratio legis:* "En muchos casos se ignora cuál es la razón de una disposición, sea que no se haya intentado analizarla, sea que no se haya tenido éxito al hacerlo. En la práctica se argumenta, sin embargo, por analogía en las coyunturas de este género... Los argumentos *a simili* y *a fortiori* derivados de la *ratio legis* que explica Vander Eycken, como otros autores formando parte del cuadro de la analogía, no son razonablemente apoyados en la semejanza; su base es la identidad. El caso no resuelto no se pone en contacto con la *ratio legis* por semejanza con ella, sino por encajar plenamente en el fundamento, por ajuste matemáticó... En suma, partir de la *ratio legis* no es analogía como se suele sostener, sino una reducción, por cierto caprichosamente atrofiada. Valen estas consideraciones definidoras hasta para aquellos que otorgan a la analogía una función creadora y escapan de esta suerte a las dificultades que suscita el pretendido valor interpretativo de esa operación... En cuanto a la analogía *juris* es de advertir que, en último término, al referirse al total organismo del derecho, a todos los principios generales que lo informan y a sus relaciones, colocan al intérprete en la posición del legislador, en la práctica de la teoría de la libre investigación del derecho, más brevemente denominada del "derecho libre", y en este sentido no hay inconveniente en admitir el procedimiento metodológico, pero naturalmente en él está la lógica entera, en él actúan todos los métodos legítimos, y, en su consecuencia, la palabra y el concepto de analogía se desvanece, a no ser que vayamos a incidir en la extravagancia de llamar a toda la lógica analogía. En cuanto a la analogía *legis* no la considero admisible en ninguna función, en cuanto descansa en el principio *ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio;* es decir, en cuanto construye un razonamiento, sea cualquiera la denominación que se le dé, arrancando, no de todos los principios del derecho, sino del principio inmediato determinante de un precepto, de la *ratio legis.* Si existe una laguna en la Ley, el investigador, según la analogía *legis,* debe elevarse tan sólo al primer estrato inmediato al precepto en el que anticipadamente se piensa que tiene que terminar la operación. De este modo se limita arbitrariamente el vuelo del jurisconsulto, marcándole una zona determinada donde debe detenerse, no obstante que la ausencia de una disposición legal le deja en plena libertad.



podría, en el estado actual de nuestra civilización, y por razones técnicas decisivas, atentar y derogar a la ley a un título cualquiera. La costumbre jurídica se interpreta por los elementos mismos que la constituyen. No debe confundirse con los usos de la vida, que, proviniendo de hábitos sin pretensión a la coacción, pueden solamente algunas veces esclarecer una intención obscura, en la interpretación de los contratos y otros actos jurídicos privados (usos convencionales) [núm. 223 VI].

C. *Autoridad y tradición.* Respecto de la autoridad y de la tradición, dice Geny, resumiendo sus ideas: "Solamente la ley y la costumbre, en la medida que acaba de indicarse, son fuentes formales de Derecho positivo. No se puede reconocer como tales, con fuerza obligatoria, a la autoridad y a la tradición, que frecuentemente iluminarán la interpretación o inspirarán al juez, jamás se impondrán a él. La autoridad de la jurisprudencia o de la doctrina podrá también ser iniciadora de costumbres; pero en tanto que éstas no se hayan formado, sobre tal base, con sus caracteres claramente específicos, aun las decisiones judiciales más firmes y más seguidas, no valdrán en el dominio de la creación de las reglas jurídicas, sino por su mérito intrínseco *(rationis imperio),* no por la virtud de su forma *(ratione imperii)* [núm. 223 VII].

D. *Libre investigación científica.* Expone Geny lo que llama la libre investigación científica, tratando de la cual emite las siguientes ideas: En el silencio o la insuficiencia de las fuentes formales, el juez, y en general todo intérprete, debe formar su decisión colocándose en el punto de vista que sería el de legislador si se propusiese regir la cuestión. La actividad que entonces le incumbe al intérprete se llama libre investigación científica: libre, porque se encuentra sustraída a la acción propia de una autoridad positiva, y científica, porque no puede encontrar sus bases sólidas, sino en los elementos objetivos que sólo la ciencia puede revelarle [núm. 156]. "La organización jurídica debe tender a realizar, en la vida de la humanidad, un ideal de justicia por una parte, por otra parte un ideal de utilidad, entendiendo por ésta lo que la opinión común hace mirar como el bien del mayor número. Justicia y utilidad general, tales serán, pues, los dos objetivos directores... Aquí, precisamente, interviene la naturaleza de las cosas, tal como en mi sentir hay que entenderla... Por una parte, hay que interrogar a la razón y a la conciencia, para descubrir en nuestra naturaleza íntima las bases mismas de la justicia; por otra parte, hay que dirigirse a los fenómenos sociales para comprender las leyes de su armonía y los principios de orden que requieren. Tal es la doble tarea que hay que realizar: la segunda, teniendo su base firme en lo que se puede llamar la naturaleza positiva de las cosas representada por el conjunto de las condiciones, que forman como la atmósfera de la vida jurídica exterior; la primera, reposando sobre un fondo más íntimo, que escapa a la observación y a la experiencia sensible, pero que no impone menos sus exigencias a la

realización práctica del derecho" [núm. 159]. Entre los elementos de libre investigación sacados de la razón y de la conciencia, se encuentran reglas de conducta jurídica que nos sugiere la conciencia, como la regla de la obligación en virtud de una promesa libremente hecha y aceptada, la máxima de que ninguno debe enriquecerse sin causa a expensas de otro, etc. [núm. 162], y la equidad, como lo explica Geny.

E. *La analogía.* De los elementos positivos de la libre investigación, el primero es la analogía, respecto de la cual dice el autor: "En realidad, el poder de la analogía me parece reposar sobre un instinto profundo de nuestra naturaleza, que constituye, en esta aplicación, un verdadero elemento sociológico, y que completa, por su acción, la naturaleza lógica de las reglas del derecho formal. Sentimos, en efecto, en nuestro fondo íntimo, como una necesidad de igualdad jurídica, en virtud de la cual, las mismas situaciones de hecho deben tener las mismas sanciones jurídicas... hay que penetrar la naturaleza lógica de la regla legal, y desprender, de entre las condiciones de la prescripción que formula, el principio, que, formando el lazo entre la solución positivamente conocida y la que se trata de descubrir, justificará propiamente la analogía... Es necesario, para que se les pueda tener en cuenta (los motivos de orden moral, social, económico que han inspirado la regla) en vista de una extensión analógica, que se les descubra... formando el cuadro preciso de la regla legal, consolidados y fijados en lo que se llama propiamente el espíritu de la ley, con el carácter de un verdadero principio de derecho, consagrado por el legislador en aplicaciones particulares, pero teniendo en sí, una virtud más fecunda: que la analogía sea un principio activo. Tal es, según yo, el principio jurídico que no confundo con la concepción, más o menos artificial, por medio de la cual se puede, en abstracción pura, hacer del texto la base de una construcción jurídica. El principio, tal como lo entiendo, se separa claramente de la concepción, en que se saca directamente de las realidades objetivas, quiero decir, de las consideraciones morales, políticas, sociales, económicas, que son la substancia fecunda de la vida del Derecho... el funcionamiento de la analogía consiste, todo él, en el procedimiento lógico que trata de inducir, de soluciones particulares, el principio íntimo que las explica, para buscar en seguida las condiciones del mismo principio en otras hipótesis, y aplicarlo a ellas por vía de deducción. Pero, importa no desconocer que este procedimiento, puramente lógico, no hace sino traducir la armonía íntima, reuniendo entre sí las relaciones de derecho, y que en definitiva pone en acción una idea mucho más alta, la idea de igualdad jurídica, única que justifica fundamentalmente la analogía [núm. 165]... A cada paso encontramos necesaria la analogía para desenvolver los principios contenidos en germen, en las disposiciones legales positivas, y para multiplicar sus consecuencias; ya trabajando sobre textos especiales y precisos, para descubrir en ellos el germen de soluciones más amplias..., ya buscando, con una mirada amplia, las reglas latentes, que animan todo el conjunto



del sistema legal... En fin, la analogía puede elevarse, hasta constituir, reuniendo decisiones esparcidas y fragmentarias, más bien aun, condensando un espíritu general, que miraría desde lo alto nuestra organización jurídica, teorías que llenan verdaderos vacíos legales... La extensión analógica carece de su fundamento legítimo, en presencia de disposiciones legales... inspiradas en consideraciones, de tal manera particulares, que la ley que las contiene agota todo su alcance legítimo... la analogía... estando aislada de la fuente formal, ofrece la ventaja de plegarse, mejor que ella, a las influencias de tiempo y de medio, susceptibles de precisar el principio que aquélla hace valer y quizá de modificar sus contornos. Por la misma razón aun, puede y debe tener en cuenta circunstancias posteriores a la ley, incapaces, como tales, de influir en la interpretación misma de aquélla... constituye como un término medio, ofrece una transición preciosa, entre los resultados de la ley, considerada como fuente formal, y los de una investigación científica, que se elabora al lado y fuera de los textos. En efecto, cualquiera que sea la fecundidad de la analogía, yo no podría admitir que basta enteramente, por sí sola, para llenar todos los vacíos que dejen las fuentes formales en el sistema jurídico positivo... la analogía... debe figurar... en el primer lugar entre los procedimientos de la libre investigación científica, entre los cuales merece distinguirse, tanto por razón de su modo de obrar cuanto por la seguridad de los resultados que puede suministrar" [núm. 166].

F. *Otros medios de la libre investigación científica.* "De la analogía a los otros medios de una interpretación verdaderamente objetiva... la transición es insensible... Un paso más, y el conjunto del sistema legal no aparecerá para la interpretación sino como un elemento de nuestra civilización. En este punto... se tendrá, sin embargo, aun en la organización positiva, un terreno verdaderamente firme y fecundo para el desarrollo objetivo de la ciencia. Colocándose en este punto de vista, es como se ha podido señalar una filosofía del Derecho positivo, cuya misión, tal como lo comprendo, consistiría en edificar, por encima de los textos, una vasta teoría de conjunto, conteniendo, por así decir, la quintaesencia de las soluciones legales, y traduciendo el espíritu del Derecho positivo moderno en una síntesis susceptible de las más preciosas aplicaciones prácticas... En todo caso, lo que importa notar es que nuestra organización jurídica positiva constituye, en su masa imponente, un elemento objetivo, que merece, en primer lugar, dirigir la libre investigación del jurisconsulto, en la insuficiencia de las fuentes formales y en la impotencia de la analogía propiamente dicha. Al lado de este firme punto de apoyo, la interpretación encontrará direcciones frecuentemente menos claras y menos enérgicas; pero no despreciables, sin embargo, en otros elementos de nuestra civilización, que contribuyen, por su parte a componer el equilibrio social, que forma la atmósfera necesaria de toda la vida jurídica en un medio dado [núm. 167]. Entre estos elementos hay que considerar nuestra organización

moral y religiosa, nuestra organización política positiva, la organización económica considerada desde un punto de vista positivo [núm. 167]. Además, hay que dirigirse a las ciencias de la vida social (ciencias morales y políticas), como son la Sociología, la Filosofía general, la Psicología, la Ética, el Derecho público racional, la Economía Política, la Historia, la Estadística, la Legislación y la Jurisprudencia comparadas y, en general, nuestro Derecho contemporáneo. Todo esto debe observarse con la preocupación de encontrar, en la vida jurídica, los elementos de la armonía que el Derecho positivo tiene por misión realizar" [núm. 168]. Después, el autor, tratando del modo de acción práctico de la libre investigación, agrega: "Por una parte, ciertas relaciones están dominadas por principios generales consagrados, aunque algunas veces en estado latente, en nuestra organización jurídica formal, de manera tan imperiosa... que la interpretación libre no podría chocar con ellos sin falsear su misión... Es así como ella no puede, a mi juicio... aportar una restricción artifical a la libertad de los convenios" [núm. 169]. Por último: "La libre investigación, en la medida en que se concede al intérprete, no es legítima si no se ejerce sobre bases científicas y por los medios consagrados de la técnica, del derecho." Y en la conclusión de la obra se leen estas palabras: "Aun bajo su forma positiva, el derecho nos aparece como un conjunto de reglas salidas de la naturaleza de las cosas y que deben desprenderse, por medio de una interpretación más o menos libre, de los elementos sociales, que tiene por objeto ordenar en vista del bien común. Directamente inspirado por la justicia y la utilidad general, su esencia lo coloca, pues, muy arriba de las fuentes formales, que no son sino revelaciones empíricas de él, destinadas solamente a dirigir a los juicios humanos de manera más precisa, pero en sí siempre incompletas e imperfectas" [núm. 183].

Geny concluye su libro diciendo que hay que hacer una separación entre la elaboración científica del derecho, escrutando las realidades que constituyen la esencia del orden jurídico y su elaboración técnica, que consiste toda en procedimientos en donde se ejerce la ingeniosidad del hombre colocado ante el problema del derecho [véase F. Geny, *Science et technique en droit prive positif*].

## II. Bonnecase

Bonnecase, en sus obras citadas, especialmente en el *Précis de pratique judiciaire et extrajudiciaire* [núms. 74 a 94], expone sus puntos de vista, que reproducimos en resumen.

Rechaza el principio de la doctrina clásica de interpretación que atribuye una fuerza de extensión indefinida a la ley, siendo inadmisible que el legislador haya previsto y podido prever todo [núm. 74], aunque observa que en estos últimos años la orientación de la Corte de Casación es favorable al método clásico [núm. 75].



Asimismo rechaza el principio del método histórico que atribuye a los textos legislativos sentidos que varían con el tiempo, porque este método conduce a la arbitrariedad más completa; so capa de los textos, el juez puede dar rienda suelta a su fantasía [núm. 75].

Reconoce que el elemento legal desempeña un papel importante en materia de Derecho positivo, pues decidir de otra manera sería ir contra la Constitución misma [núm. 76].

Pero considera que toda ley tiene un alcance esencialmente limitado y objetivo: limitado, porque a pesar de su fórmula abstracta no tiene en vista más que una categoría determinada de interés; objetivo, porque la ley, una vez que sale de las manos del legislador, constituye un documento que vale por sí mismo sobre la doble base de su texto y del fin social que la ha hecho necesaria [núm. 76 *bis*], en el concepto de que ese fin es el que se ha perseguido en el momento de la elaboración de la ley [núm. 77]. Toda ley es una disposición materializada en un texto, con el fin de realizar la armonía social, objeto supremo del derecho [núm. 76 *bis*].

La teoría de Bonnecase es la de Geny, de la que tan sólo se separa por ciertos matices [núm. 61 *bis*, 73 y 78]. Geny distingue en la interpretación de la ley dos elementos: la fórmula literal del texto y el fin de la ley, pero se preocupa por la intención psicológica del autor; en tanto que Bonnecase la deja a un lado, al menos considerada de manera directa; sólo le importa la fórmula literal del texto esclarecido por el fin de la ley [Nota núm. 7]. La disposición legislativa se desprende del espíritu del legislador,

† Dualde (*op. cit.*, págs. 180-186), exponiendo su concepto de interpretación, dice: "Demostrado que la *mens legislatoris* es mentalidad incoherente con la ley, por ser muy inferior a su contenido, y que la *mens legis* es mero subterfugio literario, animismo prelógico, queda implícitamente establecido que la interpretación no puede consistir, ni en situarse en el estado de pensamiento del legislador ni en indagar un pensamiento sin sujeto pensante. El evolucionismo histórico tampoco nos da el concepto de interpretación, puesto que parte de la existencia de un precepto ya interpretado, modificable pragmáticamente. Y, por último, la proyección no es más que la aplicación gratuita de un precepto a lo no previsto por él, lo cual no puede darnos la clave de lo que es interpretar... Interpretar, en la Ciencia del Derecho, como en las demás ciencias, es investigar la serie causal en donde está incluido un fenómeno, y, por lo tanto, interpretar la ley es investigar la serie causal en donde ella está incluida... Cuando se interpreta poniendo el precepto sólo en relación con el legislador, no se le hace penetrar en una serie, antes al contrario, se destruye la serie, desgajando la causa inmediata y formando con ella y el precepto una entidad ficticia, constituida por dos piezas articuladas sin sentido... Sentado que la interpretación no es más que investigar la serie causal de las normas positivas, deja de tener importancia que el legislador no posea una noción clara de la ley que dicta... El legislador no es el cero, el vacío absoluto. El legislador es la voluntad; no la voluntad consciente y reflexiva de que habla Geny, y a la que se refieren los autores tradicionalistas; es la fuerza de sentido predominantemente mecánico-social que impone la ley. Su ceguedad y limitación no rebaja su categoría de fuerza. No es la voluntad divina, toda luz y conciencia; es la voluntad cósmica, poderosa y eficaz. Los grados de luz que tenga y pueda tener la mejoran, pero con sólo su energía instauradora justifica su razón de ser. Esto es lo real, despojado de las construcciones de la actividad prelógica. En el

o sea de su intención en el sentido de la doctrina clásica, es decir, de la Escuela de la Exégesis [número 78].

Los autores de un Código no siempre definen las nociones técnicas fundamentales sobre las cuales lo han hecho reposar; se contentan frecuentemente con hacer aplicaciones de una noción dada, dejando al intérprete el cuidado de determinar esta noción sobre la base de dichas aplicaciones concretas. El intérprete debe relacionar los textos referentes a la misma noción para terminar en una interpretación coordinada [núm. 80]

En las exposiciones de motivos de los proyectos o proposiciones de leyes y en los desarrollos de los relatores de las Cámaras de Diputados y Senadores, es en donde se encontrará, bajo la forma de una exposición de conjunto, el origen de la ley, es decir, las razones que la han hecho aparecer y la concepción técnica a la cual se han adherido las Comisiones de Legislación de las Cámaras [Nota núm. 8]. Además, el fin de la ley se

caso peor para el legislador siempre queda en pie que manda, es decir, que es una voluntad."

[8] Dualde (*op. cit.*, págs. 188-199), al continuar exponiendo su concepto sobre la interpretación, lo aplica a los trabajos preparatorios de la ley, diciendo: "El legislador está hecho de inconsciencia y de conciencia; de lo primero, predominantemente. La psicología moderna ha dado un valor relevante a lo inconsciente... El legislador, tanto individual como colectivo, tanto ignorante como sabio, tiene una gran dosis de inconsciencia. Los Parlamentos tienen, además, el inconsciente colectivo. Por si no fuera bastante la incompetencia y la falta de atención, los individuos de la colectividad son sugestionados por las afirmaciones categóricas que llevan en sí fuerza hipnótica, por el temor inconfesado asimismo a las censuras de los violentos, por la acción muchas veces arrebatadora de la oratoria, por las victorias circunstanciales del *match* dialéctico, que substituyen a la apreciación serena de las razones, o por el prestigio de una mayoría que vence o de los caudillos que la dirigen. Sin embargo, no hay por qué perder la mayor parte del rico contenido de la ley, reduciéndolo a la angostura capilar de la intención del legislador. Lo que importa es estudiar su causa, sin exigir de ella el lujo filosófico de que sea consciente. Su causa, sea como sea, no como nos agrade que haya de ser. Lo que debe constituir materia de preocupación es la garantía de la norma preestablecida, la objetividad de la ley, y ésta es la misma siendo el legislador un ser consciente que en una mayor parte un autómata manejado por fuerzas por él desconocidas. Una clasificación de lo inconsciente útil a la interpretación jurídica, es la de inconsciencia de lo que se hace e inconsciencia de las causas determinantes de lo que se hace... Tras la inconsciencia del Parlamento está el conocimiento que de las leyes que se decretan tiene la escasa minoría parlamentaria ilustrada, que no es el legislador, pero que influye con energía causal, y están las Comisiones, donde subterráneamente toma la causalidad de la ley una mayor conciencia. De aquí el valor que otorgo a los trabajos preparatorios, respecto a los cuales los autores se muestran indecisos o partidarios de una u otra solución por consideraciones accidentales, debido a no haber planteado el problema teniendo en cuenta los estados fundamentales de inconsciencia y conciencia. Establecido el criterio de la serie causal y el principio de la ascensión de los estados inconscientes a los conscientes, es evidente que los trabajos preparatorios tienen un valor positivo, del que es ilógico prescindir. La circunstancia de que la ley sea en ocasiones distinta de los informes y votos particulares de los trabajos preparatorios, no altera el que éstos se encuentren en el proceso causal... Claro es que los trabajos preparatorios van unidos a otros elementos; eso no prueba más que la mayor complejidad del proceso, pero no que ellos estén aparte de la actividad causal. Las opiniones de los autores



revelará en las diversas proposiciones que se hayan sucedido respecto de ella, las campañas relativas en la prensa y sobre todo el estado social del momento, así como las necesidades económicas u otras a las que responde la ley en el momento de su aparición. Todos éstos serán preciosos elementos para descubrir el fin exacto de la ley [núm. 87].

En seguida opina Bonnecase, con Geny, que cuando la solución de una dificultad no se encuentra ni en la ley ni en la costumbre o el uso, el juez sale del dominio de la interpretación jurídica, en el sentido estricto para entrar en el de la elaboración directa del Derecho positivo sobre el fundamento de los artículos 4 y 5 del Código Napoleón [núm. 89] [Nota núm. 9]. Entonces el juez debe inspirarse en las directivas de la noción de derecho en su aplicación a los hechos [núm. 90].

Las fuentes formales de las reglas de derecho son para Bonnecase, como para Geny, la ley y la costumbre. Estas fuentes no son sino órganos de expresión del derecho. Están constituidas, bajo la relación de su substancia, por los datos de las fuentes reales de las reglas de derecho. Si se quiere analizar una regla de derecho es preciso distinguir la substancia de que está hecha y la forma que reviste para imponerse. Ahora bien, la substancia la suministran las fuentes reales, y las formales dan a esta substancia una expresión adecuada [num. 90]. Las fuentes reales, para Bonnecase, contienen un elemento experimental y un elemento racional. El primero está representado por las aspiraciones a la armonía social, que salen, sea del medio social, sea de la naturaleza permanente del hombre. El elemento racional se traduce por la noción de Derecho [núm. 90]. En esta segunda etapa el juez está obligado a inspirarse en el espíritu general de la legislación [núm. 93].

respecto a los trabajos preparatorios pecan de oscilantes, ecléctricas e inclasificables. En general comprenden que no se puede prescindir de estos factores en absoluto, y al mismo tiempo las vicisitudes que median entre ellos y la ley, y el contenido muchas veces divergente de ésta, les impide adoptar un criterio sistemático, debido a la falta de concepción de la serie causal. Ferrara, entre los civilistas modernos, es un caso excepcional, aunque no único, de opinión resuelta, negativa de los trabajos preparatorios... Los mantenedores del valor absoluto de los trabajos preparatorios no han podido llegar a una concepción exacta de lo que este factor representa, y se han inclinado a la teoría de la interpretación auténtica, identificando estos elementos con la ley misma... hay prelogismo en confundir la ley con las causas que la engendran. No siendo la única causa los trabajos preparatorios, podríamos encontrar, adoptando ese criterio, copiosísimas interpretaciones auténticas... No termina el porceso causal, en el tránsito de la inconsciencia parlamentaria a la conciencia de las Comisiones, hay que contar también con los técnicos auxiliares, con las concepciones reinantes que influyen sobre los autores de la ley, con la masa tradicional de principios vigentes en la conciencia, y sobre todo hay que tener presente que los autores reflexivos, o de una ley, también tienen su zona inconsciente de ideas y de impulsos que pueden hacerse conscientes, profundizando en la serie causal."

[9] Art. 4. El juez que rehuse juzgar, so pretexto del silencio, de la obscuridad o de la insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia. Art. 5. Se prohíbe a los jueces fallar por vía de disposición general y reglamentaria las causas que se les sometieren.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### *Textos legales*

Para la resolución del problema que estudiamos hay que tener en cuenta, además de las ideas que hemos expuesto y de las que expondremos después, los preceptos legales siguientes:

Código Civil Austriaco: "Artículo 7. Cuando un caso no se pueda decidir, ni según las palabras ni según el sentido natural de la ley, se tendrán en consideración los casos semejantes decididos precisamente por la ley y los motivos de otras leyes análogas. Si no obstante quedare dudoso el caso, deberá decidirse según los principios del derecho natural, teniendo en consideración las circunstancias observadas con diligencia y maduramente pesadas."

Código Civil Albertino, o sea, Sardo: "Art. 15. Cuando una controversia no se pueda decidir ni por la palabra ni por el sentido natural de la ley, se tendrán en consideración los casos semejantes decididos precisamente por las leyes y los fundamentos de otras leyes análogas: si no obstante quedare el caso dudoso, deberá decidirse según los principios generales del derecho, teniendo en consideración todas las circunstancias del caso."

Código Civil Italiano. Disposiciones sobre la publicación, interpretación y aplicación de las leyes en general: "Artículo 3. Al aplicar la ley no puede atribuírsele otro sentido que el que resulta claro del significado propio de las palabras según la conexión de ellas y de la intención del legislador. Cuando una controversia no se pueda decidir por una disposición precisa de la ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas: si el caso quedare aún dudoso, se decidirá según los principios generales del derecho."

Código Civil Portugués: "Artículo 16. Si las cuestiones sobre derechos y obligaciones no pudieran ser resueltas ni por el texto de la ley ni por su espíritu, ni por los casos análogos previstos en otras leyes, se decidirán por los principios de derecho natural, conforme a las circunstancias del caso."

Código Civil Argentino: "Artículo 16. Si una cuestión civil no puede resolverse ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas, y si aún la cuestión fuere, dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso."

Código Civil Español: "Artículo 6. Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar, y, en su defecto, los principios generales del derecho."

Código Civil Suizo: "Artículo 1. La ley rige todas las materias a las que se refieren la letra o el espíritu de una de sus disposiciones. A falta de una disposición legal aplicable, el juez resuelve según el derecho consuetudinario, y a falta de una costumbre, según las reglas que establecería si tuviera que hacer acto de legislador. Se inspira en las soluciones consagradas por la doctrina y la jurisprudencia."



Códigos Civiles Mexicanos para el D. F. y Territorio de la Baja California, de 1870 y de 1884: "Artículo 9. Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario." "Artículo 10. Las leyes que establecen excepciones a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes." "Artículo 20. Cuando no se pueda decidir una controversia judicial, ni por el texto ni por el sentido natural o espíritu de la ley, deberá decidirse según los principios generales de derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso."

Código Civil citado de 1884: "En caso de conflicto de derechos y a falta de ley expresa para el caso especial, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observándose la mayor igualdad posible entre los interesados." [Art. 21].

Código de Comercio Mexicano: "Artículo 1324. Toda sentencia debe ser fundada en ley, y si ni por el sentido natural, ni por el espíritu de ésta, se puede decidir la controversia, se atenderá a los principios generales de derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso."

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: "Artículo 14. En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta, se fundará en los principios generales del derecho." "Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia..."

Código Civil Mexicano para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, de 1928: "Artículo 10. (Igual al art. 9 de los Códigos anteriores.) Artículo 11. (Igual al art. 10 de los Códigos anteriores.) "Artículo 18. El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia." "Artículo 19. Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho." "Artículo 20. Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados."

Código Mexicano de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal: "Artículo 82. Quedan abolidas las antiguas fórmulas de las sentencias y basta con que el juez apoye sus puntos resolutivos en preceptos legales o principios jurídicos, de acuerdo con el artículo 14 constitucional." "Ar-

tículo 83. Los jueces y tribunales no podrán, bajo ningún pretexto, aplazar, dilatar ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito."

Ley de Títulos y Operaciones de Crédito: "Artículo 2º Los actos y las operaciones a que se refiere el artículo anterior, se rigen: I. Por lo dispuesto en esta ley y en las demás leyes especiales relativas, en su defecto; II. Por la legislación mercantil general, en su defecto; III. Por los usos bancarios y mercantiles..."

## CAPÍTULO TERCERO

### *Método de interpretación adoptado por nuestros Códigos Civiles de 1870 y de 1884*

El artículo 20 de estos Códigos distingue dos situaciones: cuando hay una ley aplicable al caso y cuando falta esa ley.

### SECCION 1ª METODO CUANDO HAY LEY APLICABLE AL CASO

Ya hemos visto que el artículo 20 de nuestros Códigos de 1870 y de 1884 comienza diciendo: "Cuando no se pueda decidir una controversia judicial, ni por el texto ni por el sentido natural o espíritu de la ley..." Estas palabras son una combinación del principio del artículo 15 del Código Civil Sardo y del artículo 16 del Código Civil Portugués. Cunha Gonçalves, comentando el citado artículo del Código Portugués, se expresa en estos términos: "Dispone este artículo 16 que el primer factor al que el juez debe atender para resolver una cuestión o controversia jurídica, es el texto de la ley .. Para entender una ley no basta, pues, aprender de modo mecánico el sentido aparente que resulta de la conexión verbal, sino que es preciso indagar profundamente la *voluntas legis*... Para entender la *mens legis* o la voluntad de la ley, el intérprete se sirve, como se dice, de dos procedimientos diversos, conocidos como interpretación gramatical o literal e interpretación lógica o racional... No son dos operaciones separadas... ambas tienen el mismo fin, se completan o se conjugan. La interpretación literal... es el primer periodo de la interpretación... La interpretación lógica es un procedimiento más elevado y más complejo de investigar el sentido de la ley; porque el espíritu de la ley tiene que ser inferido examinándose los elementos racional, sistemático e histórico" [t. I, núms. 75 y 78].

Refiriéndose al artículo 20, la exposición de motivos del Código Civil de 1870, dice: "Cónocidas son, aunque muy numerosas, las reglas que sirven de base a la interpretación... Enumerar esas reglas pareció a la Comisión impropio de un Código..." Como se ve, para nuestro legislador



de 1870 las reglas de la interpretación eran las conocidas, ahora bien, las reglas verdaderamente conocidas entonces en México eran las del método clásico o tradicional. Este fué, pues, el que adoptó también el Código de 1884, que en su artículo 20 reprodujo exactamente el del Código de 1870.

### SECCION 2ª METODO CUANDO FALTA LA LEY

El artículo 20 de nuestros Códigos de 1870 y 1884, después de decir: "Cuando no se puede decidir una controversia judicial, ni por el texto ni por el sentido natural o espíritu de la ley", agrega que "deberá decidirse según los principios generales de derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso."

#### I. LA ANALOGÍA.

Comenzaremos por advertir que nuestro legislador de 1870, dentro de la expresión "principios generales de derecho", comprendió la analogía, como se desprende de las siguientes palabras que se leen en la exposición de motivos del primero de nuestros Códigos: "Inclinóse alguna vez la Comisión a establecer una serie de medios supletorios, previniendo: que a falta de ley expresa para un caso, se apelara a la que se hubiere dictado para otro semejante... Pero este sistema está comprendido en gran parte en las reglas generales de interpretación, que siendo de derecho común, están reconocidas por todas las legislaciones. En los Códigos modernos encontró la Comisión uniformidad en el principio y discordancia en la resolución; pues que en unos sólo se prohibe dejar de fallar por falta de ley y en otros se establecen medios supletorios, que todos vienen a reducirse a los principios generales de derecho."

Ferrara, en su *Tratado de Derecho Civil Italiano* [tomo I, núm. 50], después de las ideas [antes reproducidas en nota], sigue diciendo: "Analogía es, pues, una correspondiente aplicación de un principio o conjunto de principios a casos jurídicamente semejantes. Base de la analogía puede ser: o una disposición particular (analogía *legis)* o un conjunto de principios jurídicos, la síntesis de ellos, el espíritu del sistema entero (analogía *iuris)*. La primera forma es más fácil. Se decide un caso no regulado, según una norma que preside a un caso afín ya decidido: *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio.* Se tiene una aplicación por semejanza. A veces, en lugar de una disposición de un caso afín que no se encuentra, es necesario reconstruir la norma por la combinación de varios casos regulados que se muestran como aplicaciones de un principio general no expresado. O, en fin, se trata de dar forma jurídica a una institución entera, en la cual la elaboración de la disciplina hay que construirla según los principios de todo el sistema... Nuestra ley dice que en tal caso es necesario recurrir

a los principios generales del derecho. Ahora bien: el recurso a estos principios generales no es otra cosa que una forma de analogía *iuris*."

## II. Los principios generales del derecho

Para determinar lo que debemos entender por principios generales de derecho o del derecho, en vista de que estas expresiones se encuentran en los Códigos civiles de Italia, España y Argentina, acudiremos a las luces que nos dan los tratadistas de Derecho italiano, español y argentino.

### A. *Derecho italiano*

Ferrara, en el lugar citado, dice: "Se ha discutido en lo pasado qué valor habría que atribuir a estos principios generales de derecho: quién entendía que estos principios significaran los principios del derecho racional o natural, quién las enseñanzas del Derecho romano o los principios de la moral o la exigencia de la justicia y equidad. Ahora, estos conceptos están abandonados y se reconoce por la doctrina que debe tratarse de los principios de derecho, esto es, del Derecho positivo de normas de la legislación vigente. No se trata por lo mismo de extenderse en vagas abstracciones o idealidad o recurrir a exigencias indeterminadas, de naturaleza social y económica, sino de establecer los principios cardinales del ordenamiento positivo. Todo edificio jurídico se asienta sobre principios supremos que forman la directiva ideal y el espíritu, no expresados sino supuestos en el orden jurídico. Estos principios se infieren por inducción, subiendo de los principios particulares a conceptos más generales, y por sucesiva generalización a las más elevadas cimas del ordenamiento jurídico. Se entiende que mientras más alto se adelante en esta inducción tanto más amplio es el horizonte abarcado. En la aplicación de estos principios generales se procederá sucesivamente de los más particulares a los de más amplio y superior contenido."

Para Ricci, los principios generales de derecho a los que el legislador ha querido referirse, son aquí los principios que se derivan de la ley por él dictada, los principios superiores sobre los cuales está fundada [t. I, número 15].

Barassi expone, como conclusión, que los principios generales (del Derecho civil) se pueden reconocer en los principios informadores, en la tendencia constante que se encuentra a través de todas las normas jurídicas, contenidas en el Código Civil o en las otras leyes del derecho privado [págs. 43-44].

Coviello dice que los principios generales del derecho no pueden ser otros que los principios fundamentales de la legislación positiva misma, que no se encuentran escritos en ningún lugar; pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las varias normas legislativas de las cuales



por fuerza de abstracción deben ser exclusivamente obtenidos [párrafo 29, pág. 87].

Según Paccifici-Mazzoni, los principios generales del derecho son la teoría del derecho, formada con la operación de la abstracción seguida, sea sobre sus instituciones singulares, sea sobre la legislación entera [t. I, núm. 21].

Ruggiero dice que los principios generales, no son sino los principios del Derecho positivo italiano, tal como se deducen de todo el sistema orgánico [t. I, párrafo 18, pág. 153].

Pacchioni se pregunta qué debe entenderse por principios generales del derecho, y responde: "Nuestro legislador ha partido de la idea que en el sistema de nuestro derecho están difundidos los elementos necesarios para su complemento. El intérprete y el juez, al frente de casos no considerados en la ley positiva, deben buscar una solución que corresponda al espíritu de la misma, considerada en su conjunto" [núm. 39].

Brugi dice que los principios generales del derecho son los del Derecho italiano, que en la mayor parte de los casos serán principios del Derecho romano modernizados o principios de aquel derecho natural que, nacido del Derecho romano, fue haciendo germinar ideas y conceptos generales [págs. 53 y 54].

Fadda y Bensa, anotadores del *Derecho de las Pandectas*, por Windscheid, en el tomo IV de la traducción al italiano de esa obra, se expresan en los términos que a continuación transcribo: "La ley no puede prever todos los casos posibles... Muchos Códigos modernos creen deber dar al juez una norma general para tales casos. Así, el párrafo 7 del Código Civil General Austriaco, dispone: Cuando un caso no se pueda decidir ni según la palabra ni según el sentido natural de la ley, se tendrán en consideración los casos semejantes decididos precisamente por la ley y los motivos de otras leyes análogas. Si no obstante quedare dudoso el caso, deberá decidirse según los principios del derecho natural, teniendo en consideración las circunstancias reunidas con diligencia y maduramente pesadas. Para quien recuerde en qué ambiente se desenvolvió el largo periodo de preparación del Código Austriaco... no podrá haber duda sobre el significado de este derecho natural. Con esto se entiende referirse a esa pretendida ley inmutable, universal, absoluta, que, especialmente en el siglo pasado, era aceptada como dogma indiscutible... El Código Civil Albertino (del 20 de junio de 1837), en el artículo 15 dispone: Cuando una controversia no se pueda decidir ni por la palabra ni por el sentido natural de la ley, se tendrán en consideración los casos semejantes decididos precisamente por las leyes y los fundamentos de otras leyes análogas: si no obstante permaneciese el caso dudoso, deberá decidirse según los principios generales del derecho, teniendo en consideración todas las circunstancias del caso. El Código Civil Italiano, en el artículo 3 de las disposiciones preliminares ordena así: Cuando una controversia no se pueda decidir con una disposición precisa de la ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos

semejantes o materias análogas: si el caso permaneciere aún dudoso, se decidirá según los principios generales del derecho... ¿Qué significado debemos atribuir a la expresión principios generales del derecho en estos Códigos y especialmente en el nuestro? He aquí una cuestión de importancia práctica capital. Excluyamos ante todo que aquí se haga reclamo a un pretendido derecho natural abstracto absoluto, inmutable... Nuestro sistema legislativo repugna a este concepto... Para nosotros, la expresión principios generales de derecho adquiere la mayor claridad y verdad con la adición de un adjetivo: principios generales de Derecho italiano. Con esto se indican los principios generales de nuestro sistema positivo, las máximas en las que él se informa... Conviene partir, observa muy bien el profesor Vittorio Scialoja *[La equidad*, etc., pág. 24], de las disposiciones de las leyes, y abstrayendo subir de concepto a concepto siempre generalizando más y de lo general volviendo a descender a lo particular, se juzgará, por decirlo así, con Aristóteles *[E., t. Nicom,* V, 10], como el mismo legislador hubiera dicho si hubiese estado presente, y como habría prescrito si lo hubiese previsto. Que, por lo demás, la disposición del artículo 3 debe entenderse como nosotros lo hacemos, fue ya aceptado, bien que inexactamente, en la discusión hecha en el Consejo de Estado a propósito del artículo 15 del Código Albertino. Un miembro criticaba la expresión principios de derecho natural (después suprimida) por la razón de que tal vez los jueces podrían entender que se trataba del derecho natural primitivo y no del modificado por las condiciones sociales y religiosas. ¿Qué es, en fin, este derecho natural que responde a las condiciones sociales sino el derecho vigente en cierto pueblo? Si se le quiere llamar derecho natural poco importa, siempre que quede entendido que no se trata de principios absolutos, inmutables, que no es una cosa diversa del Derecho positivo, sino que es la parte, por así decir, espiritual, no expresada en disposiciones precisas, sino la que resulta del conjunto de todas las disposiciones... Se puede decir que al lado del contenido inmediato, manifiesto, del sistema positivo, hay uno latente y mediato que, por lo demás, es la base del primero... El legislador puede no haber pensado en determinada conformación de las relaciones: poco importa, estas relaciones, que están en la vida, encuentran su norma genérica en el organismo jurídico, que es la expresión de la vida, que debe ser completo como ésta, y en todo corresponder a ella" [t. IV, págs. 18-24].

Del Vecchio, en su estudio *Los principios generales del Derecho*, emite, entre otras muchas ideas, las que aparecen en los párrafos siguientes: "Según la doctrina predominante, el método para descubrir los principios generales del derecho consistiría en ascender, por vía de abstracción, de las disposiciones particulares de la ley a determinaciones cada vez más amplias; continuando en esta generalización creciente hasta llegar a comprender en la esfera del Derecho positivo el caso dudoso [pág. 9]... en realidad los casos particulares de la experiencia jurídica no representan otra cosa que fragmentos dispersos, capaces, a lo sumo, de encaminar a



una construcción ideal del todo, pero no ciertamente de realizarla. Para esto se requiere la intervención de la razón, la cual, en la busca de los principios generales del derecho encuentra cierta ayuda en el examen de las normas particulares, pero ha de referirse también, en último término, a la fuente viva que tiene en sí misma; puesto que precisamente del propio sujeto emanan originariamente los principios de la verdad jurídica en general, que después se reflejan de distinto modo y con diversa intensidad, en las formas concretas de la experiencia. Así como de los principios generales no pueden obtenerse *a priori*, por simple deducción, todas las normas particulares del ordenamiento jurídico, que contienen también elementos empíricos y contingentes: así tampoco puede inferirse de las simples normas particulares el conocimiento apropiado de aquellos principios, que en su generalidad superan virtualmente toda aplicación particular [pág. 21]... errónea sería la pretensión de un exagerado empirismo que presumiera de construir *a posteriori*, utilizando las normas particulares, los principios que constituyen su premisa y su base. Tanto menos legítima sería esta aspiración, aun en el aspecto jurídico positivo, en un sistema como el nuestro, que acude para su integración al elemento racional no formulado en términos positivos, y expresamente lo admite con carácter general [pág. 22]... Es misión propia de la crítica valorar las leyes positivas en relación con la idea absoluta del derecho o de lo justo natural... el derecho natural no deja de ser tal ni pierde su valor intrínseco, porque a veces sea también positivo... y el intérprete cumpliría mal con su deber, si, por un simple prejuicio, declarase ser de mera creación legislativa aquello que se funda, ante todo y sustancialmente, en la razón natural [pág. 25]... Una visión semejante de la naturaleza del sistema vigente, conforme a la misma jerarquía filosófica, presupone, sin duda, una referencia a aquellas doctrinas racionales acerca del derecho, que se han ido formando como criterio superior a los ordenamientos positivos; a aquellas doctrinas, en una palabra, que colocan en la idea de naturaleza, teleológicamente considerada, el fundamento intrínseco del derecho. Estas doctrinas, si bien con diferencias y oscilaciones (menos numerosas ciertamente de lo que muchos creen) constituyen un verdadero cuerpo, madurado orgánicamente merced a las progresivas elaboraciones realizadas en el transcurso de muchos siglos, y provisto de una especial coherencia interior, que consolida la unión de sus varias partes, aparentemente distintas... La idea del derecho natural es, en efecto, de esas que acompañan a la humanidad en su desenvolvimiento; y si, como no pocas veces ha ocurrido —sobre todo en nuestro tiempo— algunas escuelas pretenden negarla o ignorarla, aquella idea se reafirma vigorosamente en la vida [págs. 26-27]... El criterio y fundamento adecuado para la investigación de los principios se encuentra tan sólo en aquel cuerpo de doctrina general acerca del derecho, que no es la obra artificiosa de un pensador aislado, sino que responde a una verdadera y sólida tradición científica, íntimamente ligada a la génesis de las mismas leyes vigentes. Sin que este respeto

debido a la tradición doctrinal sea un obstáculo para elaboraciones posteriores de los elementos que constituyen su conjunto; más bien sirve para facilitarlas, en cuanto aquella tradición señala, por medio de bases ya seguras, el plano en que deben moverse los desarrollos ulteriores [pág. 29]... La escuela del derecho natural ha entendido y pretende esencialmente mantener la no arbitrariedad del derecho, o sea la existencia de una relación necesaria entre la substancia intrínseca de las cosas y las respectivas reglas de derecho" [pág. 65].

Micelli, en su estudio *Los principios generales del Derecho*, escrito a propósito del estudio del Del Vecchio, dice en breve resumen lo que sigue: Hay el derecho natural de los viejos jusnaturalistas, que aparece como un derecho eterno, inmutable, absoluto, universal. Hay otro modo de concebir el derecho natural, como el ideal del derecho, como una cosa que se viene haciendo en la conciencia, que se forma a medida que ésta se ve estimulada por necesidades nuevas. El ideal del derecho es una elaboración que se va incesantemente modificando bajo el impulso de las exigencias de la vida y bajo la guía del principio ético. De estos dos modos de entender el derecho natural, parece que Del Vecchio se refiere al primero, pero, por las numerosas aplicaciones que hace del principio, se comprende que él hace llamamiento no al derecho natural, sino al principio ético, y la *ratio juris* que él invoca es una razón inspirada en parte en el principio ético y en parte en las nuevas exigencias de la vida social que demandan al derecho la regla, no puesta explícitamente por el legislador. El viejo derecho natural no habría podido adaptarse a las necesidades nuevas, supuesto que no puede encontrarse en armonía con las condiciones de la vida moderna, en el cual el principio de solidaridad ha adquirido notable predominio. Micelli termina su estudio llegando a la conclusión de que es exacta la interpretación generalmente aceptada de que los principios generales del derecho no son sino aquellos que pueden inferirse del ordenamiento positivo italiano.

### B. *Derecho español*

De Diego, en el prólogo al estudio de Del Vecchio, antes citado, opina que los principios generales del derecho han de ser los de la ley y costumbre, y cuando ellos no alcancen a satisfacer la necesidad del momento o a dar la solución requerida, entonces, hay que buscarla en la propia realidad social investigada con criterio científico, fecundizada e iluminada por los principios de razón y de justicia, y que para ello goza el intérprete de más amplia libertad.

Como puede verse en el apéndice a la edición española de *Los principios generales del Derecho*, de Del Vecchio, apéndice debido a don Juan Ossorio Morales, entre los juristas españoles se han marcado dos tendencias opuestas acerca de los principios generales del derecho: una jusnaturalista



y otra positivista. Según el mismo Ossorio Morales, siguen la primera Valverde, Manresa y otros; pero mayor número de adeptos tiene la segunda, entre ellos, además de De Diego, Castán y Gerónimo González, agregando que en el mismo sentido se orienta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que considera a los principios generales del derecho como aquellos que inspiran el sistema positivo.

### C. *Derecho argentino*

Salvat, en su *Tratado de Derecho Civil Argentino*, parte general [página 152, núm. 358], se adhiere a la idea de que los principios generales del derecho son las reglas fundamentales que inspiran la legislación de un país y le sirven de base.

### D. *Conclusión*

Atento lo expuesto, debemos concluir que nuestros Códigos de 1870 y de 1884, consagraron la doctrina dominante, es decir, la de todos los autores italianos que hemos citado (exceptuando a Del Vecchio), la de De Diego, Castán, González y Salvat. Hay juristas, como Unger, que consideran que para llenar los vacíos de la ley basta con los principios generales del derecho. En la exposición de motivos del Código de 1870 se supone que pueda no ser así cuando se asienta que "estando fuera de la posibilidad humana la previsión de todos los actos que pueden ser materia de controversia, son de todo punto inevitables la insuficiencia de la legislación y la necesidad de suplirla, ora con los principios generales de derecho, ora con la tradición de los tribunales, ya con las opiniones de los jurisconsultos, ya, en fin, con la propia conciencia, fundada en el sentimiento íntimo de justicia y equidad que Dios ha inspirado al corazón del hombre, y que casi siempre se abre paso, aun en medio de la lucha de los intereses y de las pasiones".

## CAPÍTULO CUARTO

## *Método de interpretación adoptado por nuestra Constitución y Código Civil vigentes*

### SECCION 1ª IDEAS GENERALES

El artículo 14 de la Constitución de 1917 y el artículo 19 del Código Civil de 1928 contienen substancialmente los mismos factores que el artículo 20 de nuestros Códigos antiguos y que el método clásico: la letra de la ley, su interpretación jurídica y, a falta de ley, los principios gene-

rales de derecho. No incluyen en sus conceptos la libre investigación científica y excluyen tácitamente el método histórico-evolutivo, ya que propiamente no es método de interpretación de la ley, según hemos visto.

En el *Diario de los Debates del Congreso Constituyente* [págs. 263, 346 y 596] constan las actas de las sesiones en las que el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista expuso los motivos que fundaban su proyecto de Constitución, el texto del artículo 14 y su aprobación sin discusión. Estos trabajos preparatorios no arrojan, pues, luz alguna sobre el método de interpretación que se quiso adoptar, quedando en pie el punto de vista favorable al método clásico.

Este es, a mi juicio, el adoptado por nuestra legislación vigente; pero influido por el ambiente jurídico moderno que ya existía en México en 1917 y más aún en 1928. Así, pues, deben tenerse en cuenta las enseñanzas expuestas de los autores antiguos y modernos.

## SECCION 2ª METODO CUANDO HAY LEY APLICABLE AL CASO

El artículo 14 constitucional comienza diciendo: "En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley..." y el artículo 19 del Código Civil, de conformidad con el anterior [Nota núm. 10], dice: "Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a letra de la ley o a su interpretación jurídica." [Nota núm. 11.]

---

10 El señor licenciado Ignacio García Téllez, en su libro citado, página 4, se expresa en estos términos: "Algunos de los artículos de las disposiciones preliminares del Código obedecen, más que al sentir de los miembros de la Comisión Redactora, a la obligación de supeditar el alcance de las reformas al texto rígido de la Constitución. Puede recordarse, entre otras, la imposibilidad que se presentó para dar al Código mayor fuerza vital, permitiendo la inaplicabilidad por los tribunales de disposiciones caídas en desuso o que, chocando con nuevas y arraigadas costumbres, pudieran considerarse derogadas de hecho, como si la norma legal fuese letra muerta o bien que por los motivos que la inspiraron pudiera presumirse que sería monstruoso aplicarla. Se habría dado también un gran paso si los principios de equidad tuvieran que haber servido de obligado criterio a los tribunales para fallar en el caso de que una controversia judicial no pudiere decidirse por falta de ley o de fuentes de interpretación."

11 Hay que dilucidar si, en vista de la conjunción disyuntiva o, que existe en estos artículos, debe entenderse que los jueces quedan autorizados para limitarse a hacer interpretaciones meramente literales y, por consiguiente, quedan relevados de toda labor de interpretación jurídica. Plantear esta cuestión es resolverla en sentido negativo. En efecto, no es admisible idea tan absurda que no tiene precedente alguno, pues a lo más que ha llegado el método tradicional es a decir que se respete el texto de la ley, cuando sea claro y no se pueda demostrar que el legislador ha dicho cosa distinta de la que quiso decir; pero nunca se ha sostenido en términos absolutos el solo imperio de la letra de la ley. La verdadera inteligencia de los artículos de que se trata no puede ser sino la misma que corresponde al artículo 20 de nuestros Códigos civiles anteriores, y que hemos expuesto, citando a Cunha Gonçalves.



Ante todo, a la fórmula de la ley es a la que debe pedirse la revelación de la voluntad legislativa, concediéndose al texto y a las concepciones jurídicas que han inspirado al legislador todo el valor y la extensión que les da Geny [núm. 101], practicándose la interpretación gramatical *[B. L.*, t. I, núms. 258 y 259] que implica una lógica íntima inherente al lenguaje inteligente [Geny, núm. 102].

El intérprete tiene el derecho y el deber de apartarse del sentido literal de la ley cuando se demuestra que el legislador ha dicho una cosa distinta de la que quería decir *[B. L.*, t. I, núm. 258, y Geny, núm. 105].

La ley puede no ser clara gramaticalmente *[B. L.*, t. I, núm. 259] o jurídicamente [Pallares, Nota núm. 1], lo cual supone que se ha procedido a la interpretación lógica [Dualde, Nota núm. 2]. Entonces se busca el espíritu de la ley, es decir, sus motivos, su fin, y se efectúa la interpretación sistemática y la histórica con arreglo a las normas que establecen los autores, especialmente Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade [t. I, núms. 260 y 261], Geny *[Méthode*, núms. 102, 103 y 104], Bonnecase *[Précis de pratique*, etc., núm. 87], Pallares [Nota núm. 3] y Dualde [Nota núm. 8 en lo concerniente a los trabajos preparatorios].

Los motivos de nuestras leyes los podemos encontrar en las exposiciones de motivos, como son las del Código Civil de 1870, los *Datos* del Lic. Miguel S. Macedo sobre el Código de 1884, los documentos publicados por el Lic. Ignacio García Téllez como antecedentes del Código de 1928 *[Motivos*, etc.] y en las doctrinas de los autores que interpretan las leyes extranjeras de las que provienen las nuestras, para lo cual hay que investigar la filiación de los preceptos legales nuestros aplicables al caso de que se trate.

Cuando hay dos textos legales contrarios hay que tener en cuenta la observación de Planiol [núm. 223].

Hay que apartar las interpretaciones que harían consagrar por la ley una injusticia o una inconsecuencia, de acuerdo con Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade [t. I, núm. 263], y Planiol [Nota núm. 4]. hay que satisfacer las necesidades de la vida jurídica actual hasta donde lo permita el respeto debido a un texto del que aparece una voluntad legislativa cierta que no se puede eludir [Geny, núm. 98], hay que tener en cuenta el fin social que ha hecho necesaria la ley, que es una disposición materializada en un texto con el fin de realizar la armonía social, objeto supremo del derecho [Bonnecase, núm. 76 *bis]*.

La ley debe interpretarse según la voluntad que ha presidido a su origen *[B. L.*, t. I, núm. 258, Geny, núm. 99, y Bonnecase, núm. 77].

La ley supone necesariamente ciertas relaciones sociales, ciertas circunstancias económicas que aparecen como las condiciones mismas de su disposición. Si estas condiciones desaparecen o se transforman al grado de perder su importancia, la prescripción que les estaba subordinada se modificará y cesará de imponerse al intérprete [Geny, núm. 99].

Hay que aplicar, llegado el caso, ya la interpretación extensiva de acuerdo con Geny [núm. 105] [Nota núm. 12], ya la interpretación restrictiva según el mismo autor [núm. 105] y Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade [t. I, núm. 264]. Además, hay que tener en cuenta lo que estos autores dicen [núm. 264] sobre el argumento *a contrario sensu*.

## SECCION 3ª METODO CUANDO FALTA LA LEY

A este respecto, el artículo 14 constitucional dice que en los juicios del orden civil la sentencia definitiva se fundará en los principios generales del derecho, y el artículo 19 del Código Civil vigente dice que las controversias judiciales del orden civil, a falta de ley, se resolverán conforme a los principios generales de derecho.

Principios generales de derecho son seguramente a los que me he referido en la Sección 2ª del Capítulo III de este título, los que se infieren por inducción de los principios particulares que existen en nuestras leyes y por sucesiva generalización, son el espíritu general de las leyes [Planiol, núm. 221], las nociones fundamentales sobre las que reposa un Código [Bonnecase, núm. 80], los que se obtienen por el procedimiento de la analogía como lo entiende Geny [núms. 107, 165 y 166], comprendiéndose en la analogía la analogía *legis* y la analogía *iuris* [Nota núm. 13].

El artículo 17 de nuestra Constitución previene que los tribunales estarán expeditos para administrar justicia y el Código Civil vigente dice en su artículo 18: "El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia." Ahora bien, ante estos preceptos, si llegare al caso de que una controversia no pueda resolverse ni por los principios generales del derecho, el juez podrá entonces crear el precepto que falte, aplicando el método de Geny de la libre investigación científica y los principios del derecho natural.

## CAPÍTULO QUINTO

### *Las fuentes*

Hasta ahora nos hemos ocupado de la Ley y de los Principios generales del Derecho. Veamos brevemente si también son fuentes de éste la equidad, la costumbre y la jurisprudencia.

[13] Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade en la obra citada, núm. 264 confunden la interpretación extensiva con la analogía.

[13] Según el artículo 11 de nuestro Código Civil vigente (igual al artículo 10 del Código de 1884): "Las leyes que establecen excepción a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes." Es decir, no se pueden aplicar por analogía (Baudry, etc., núm. 264).



### I. LA EQUIDAD

Está aceptada en el artículo 21 del Código de 1884 y en el artículo 20 del Código de 1928, según los cuales: "En caso de conflicto de derechos y a falta de ley expresa para el caso especial, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observándose la mayor igualdad posible entre los interesados." Para la redacción de este artículo, se tuvieron presentes los artículos 13 a 15 del Código Civil Portugués, según lo declara el señor Lic. Miguel S. Macedo en sus *Datos*, etc. La equidad se puede considerar comprendida dentro de los principios generales de derecho, como los entiende Del Vecchio, y su aplicación puede también considerarse comprendida dentro de la actividad del juez obligada por el artículo 17 constitucional.

### II. LA COSTUMBRE

Ni la Constitución ni los Códigos la mencionan, y éstos establecen que la ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior, y que contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario [art. 8 y 9 C. a., 9 y 10 C. n. y 5 G.]. "Hay que distinguir la costumbre del uso. La costumbre es una regla de derecho imperativa y de orden público que suple la ausencia de la ley escrita o que aun contraviene una disposición de esta ley. En el antiguo derecho la costumbre tenía plena fuerza de ley, al igual que las disposiciones formalmente establecidas por la autoridad. Hoy la organización constitucional, que subordina la confección de las leyes a un procedimiento parlamentario determinado, no permite ya consagrar la costumbre como fuente de derecho, al menos de una manera franca y ostensible. El uso es otra cosa. Se le puede definir: la cláusula tácita sobreentendida en un convenio, por la cual las partes arreglan sus relaciones según la práctica establecida... constituye un elemento de interpretación de los más legítimos... El uso tiene fuerza de convenio y no, a decir verdad, fuerza de ley... ¿El uso puede no solamente suplir la ley escrita en su ausencia, sino aun derogarla?... ¿Se trata, por medio del uso que se invoca, de sustraerse a la aplicación de una ley de orden público? La ley tiene entonces un carácter imperativo. Un uso no puede, como tampoco puede un convenio expreso, tener valor contra la ley... ¿Se trata, al contrario, de un uso producido contra una ley simplemente interpretativa de las voluntades? Esta ley implica un convenio contrario. Luego el uso, que no es sino un convenio, la deroga regularmente" [Thaller, núms. 49 y 50]. En el mismo sentido de Thaller puede verse la obra de Lacour y Bouteron, citada en la bibliografía. El uso está admitido por el Código de 1884 en su artículo 1276, por el Código de 1928 en su artícu-

lo 1796 y por la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo 2º, fracción III [Nota núm. 14].

### III. La jurisprudencia

Esta no es fuente formal del derecho; al contrario, los tribunales tienen por función primordial ser los guardianes de la Ley y asegurar la plenitud de su aplicación [Bonnecase, *Introduction a l'Etude du Droit*, 2ª ed., número 97].

La Ley Orgánica de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal establece en sus artículos 193 y 193 *bis* en qué condiciones es obligatoria la jurisprudencia que establezcan, ya la Suprema Corte de Justicia funcionando en pleno, ya las Salas de la misma Corte sobre interpretación de la Constitución y Leyes Federales y tratados celebrados con las Potencias Extranjeras.

[14] Véase sobre esta materia el estudio del Lic. Roberto A. Esteva Ruiz, denominado: "Los usos comerciales como normas jurídicas", publicado en la *Revista de Ciencias Sociales*. Organo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de agosto de 1930 (2ª Epoca, tomo I, núm. 1, pág. 76).

# TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

# PROGRAMA

1. *El estudio de las obligaciones como accesorio del de los contratos.* En el Código de 1884, lo mismo que en el Código Napoleón, están mezcladas las reglas de las obligaciones con las propias de los contratos, figurando las reglas generales de las obligaciones como un accesorio de la teoría de los contratos [Planiol, t. II, núm. 161]. La mayoría de los antiguos comentadores del Código Napoleón, entre ellos Demolombe, Laurent y Baudry-Lacantinerie, adoptaron un método exegético y por lo mismo tienen como plan el estudio de las obligaciones como accesorio del de los contratos.

2. *La teoría de las obligaciones y después las reglas sobre sus fuentes.* Los juristas Aubry y Rau, que escribieron su obra de Derecho Civil Francés tomando como modelo la de Zachariae, tienen un método enteramente distinto, pues exponen primero la teoría de las obligaciones consideradas en sí mismas y después las reglas de los contratos y de las demás fuentes de las obligaciones [véase el tomo IV de su obra]. Este es el sistema hasta cierto punto, del Código Alemán. El mismo sistema en substancia ha sido adoptado por Planiol, por Colin y Capitant en las primeras ediciones de su *Curso*, por el Código Español y es seguido por los tratadistas españoles modernos, así como por algunos autores italianos, entre ellos Ruggiero.

3. *El método natural.* El método anterior ha sido abandonado por los escritores franceses más modernos, entre los que se encuentran Demogue [t. I, núm. 9], Bonnecase *[Suppl.*, t. I, pág. 22], Hémard [t. II, núm. 1095], Josserand [t. II, pág. 8], Colin y Capitant [7ª ed., t. II, núm. 3], Planiol, Ripert, Esmein, Radouant y Gabolde [t. VI y VII], Ripert y Boulanger [t. II, núm. 6] * y Marty [2e. Année, pág. 4], quienes primero se ocupan de las fuentes de las obligaciones y después exponen las reglas concernientes a las obligaciones consideradas independientemente de sus fuentes, es decir, sus efectos, modalidades, transmisión y extinción. Lévy-Ullman [pág. 84] también se adhiere a este sistema de exposición que considera que es el natural: lo natural, dice, es ver cómo desaparece. En el Código Suizo, que es posterior al alemán, se sigue este orden: formación de las obligaciones primero y después su efecto, etc. En el Proyecto franco-italiano

* Ripert et Boulanger d'après Planiol, t. II (Henry, León et Jean).

de Código de las obligaciones también se trata primero de las fuentes de las obligaciones y después de éstas en sí mismas. El Código Civil de 1928 sigue este orden: fuentes de las obligaciones, modalidades, transmisión, efectos y extinción de las obligaciones.

4. *Plan de estudio.* Es muy difícil estudiar la obligación abstractamente, sin conocer la fuente jurídica que la crea [Ripert y Boulanger, t. II, núm. 6]. En mi clase siempre seguí el método al que Lévy-Ullman llama natural [véase mi programa publicado en la *Revista de Ciencias Sociales* de la Facultad de Derecho, de octubre de 1925]. Por la experiencia que adquirí en los años que tuve a mi cargo este curso, considero que ese método es el mejor, sobre todo desde el punto de vista pedagógico. Al lado de los principios, para la claridad y fácil comprensión de ellos, constantemente hay que poner ejemplos, y en la vida real, a la que corresponden los ejemplos, la obligación casi siempre va unida a su fuente. Así se explica el que jurisconsultos de la talla de los autores del Código Napoleón hayan expuesto la materia de los contratos confundida con la de las obligaciones; es que hay un vínculo muy estrecho entre las causas y los efectos. El programa que seguiremos en este curso de Teoría General será: I. Nociones preliminares de la obligación y de los hechos jurídicos. II. Las fuentes de las obligaciones. III. Las obligaciones en sí mismas: sus modalidades, efectos, transmisión, extinción y complejidad.

## *LIBRO PRIMERO*

# *LA OBLIGACION Y LOS HECHOS JURIDICOS*

5. *Antecedentes.* Mis estudios que cito a continuación, publicados en la *Revista de Ciencias Sociales* de la Facultad de Jurisprudencia: "Síntesis del Curso de Teoría General de las Obligaciones" (principio del curso), marzo de 1928, t. VI, núm. 2, págs. 70-82 y mayo de 1928, t. VI, núm. 4, págs. 189-195; "Inexistencia y nulidad de los actos jurídicos según la doctrina francesa", agosto de 1927, t. V, número 2, págs. 77-93 y reproducido en agosto de 1930, 2ª época, t. I, núm. 1, págs. 19-35.

## TÍTULO PRIMERO

## LA OBLIGACION EN GENERAL

### CAPÍTULO PRIMERO

### *Definición de la obligación*

6. *Derecho Romano.* Según la *Instituta* de Justiniano [libro III, título XIII]: *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.* "La obligación es un vínculo de derecho, por el que somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad" [García del Corral]. Para Paulo [*Dig.* Lib. 44, tít. VII, ley 3]: *Obligationum substantia..., in eo consistit..., ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.* "La sustancia de las obligaciones consiste... en que constriña a otro a darnos, a hacernos o a prestarnos algo cosa [García del Corral].

6 *bis. Los autores modernos.* Partiendo de los conceptos del Derecho Romano, los autores modernos han dado definiciones que no difieren mucho de aquéllos, a saber: Pothier [*Traité des Obligations*, núm. 1], define la obligación diciendo que "es un vínculo de derecho que nos sujeta respeto de otro a darle alguna cosa o hacer o no hacer alguna cosa." Baudry-Lacan-

tinerie et Barde [t. XII, núm. 1]: "La obligación, en el sentido jurídico de la palabra puede definirse como un vínculo de derecho por el cual una o varias personas determinadas están civilmente comprometidas hacia una o varias otras, igualmente determinadas a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa." Giorgi [t. I, núm. 11]: "La obligación es un vínculo jurídico entre dos o más personas determinadas, en virtud del cual una o varias de ellas (deudor o deudores) quedan sujetas respecto a otra o a otras (acreedor o acreedores) a hacer o no hacer alguna cosa." Aubry et Rau [t. IV, pág. 2]: "Una obligación es la necesidad jurídica a consecuencia de la cual una persona está sujeta hacia otra a dar o hacer o no hacer alguna cosa." Planiol [t. II, núm. 156]: "La definición usual de la obligación es ésta: un vínculo de derecho por el cual una persona está sujeta para con otra a hacer o no hacer alguna cosa." El mismo autor, en otro lugar [t. I, núm. 2154], dice que la obligación "es una relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas llamada acreedor tiene el derecho de exigir cierto hecho de otra que se llama deudor." Ripert et Boulanger [t. II, núm. 2]: "La obligación es el vínculo de derecho por el cual una persona está sujeta a una prestación respecto de otra." Colin et Capitant [t. II, núm. 4]: "La obligación o derecho de crédito es un vínculo de derecho entre dos personas en virtud del cual el acreedor puede constreñir al deudor sea a pagarle una suma de dinero o a entregarle una cosa, sea a ejecutar una prestación que puede consistir en hacer alguna cosa o en abstenerse de un acto determinado." El mismo autor dice adelante [t. II, núm. 372]: "La obligación es una relación entre dos personas que se analiza en un poder conferido al acreedor respecto del deudor y que le permite sujetar a éste a una prestación ventajosa para aquél." Polacco [t. I, número 1]: "Llámase obligación la relación jurídica patrimonial en fuerza de la cual una persona (que se llama deudor) está vinculada a una prestación (de índole positiva o negativa) hacia otra persona (que se llama acreedor)." Valverde [t. III, pág. 17] acepta esta definición. Demogue [t. I, núm. 7]: "La obligación es la situación jurídica que tiene por objeto una acción o abstención de valor económico o moral, de la cual ciertas personas deben asegurar la realización." Lévy-Ullmann [pág. 12]: "La obligación es la institución jurídica que expresa la situación respectiva de personas de las cuales una (llamada el deudor) debe hacer beneficiar a la otra (llamado el acreedor) de una prestación o de una abstención y que corresponde, bajo los nombres de crédito y de deuda, al elemento particular de activo y de pasivo engendrado por esa relación en el patrimonio de los interesados." Bonnecase *[Suppl.*, t. V, núm. 48 y *Précis*, t. II, núm. 37] dice que: "El derecho de crédito es una relación de derecho en virtud de la cual una persona, el acreedor, tiene el poder de exigir de otra, llamada deudor, la ejecución de una prestación determinada, positiva o negativa y susceptible de evaluación pecuniaria." El mismo autor *[Précis*, t. II, núm. 37] define también "El derecho de crédito —diciendo que— es una relación de derecho en virtud de la cual el valor económico o puramente social de una persona es puesto a disposición de otra persona bajo la forma positiva de una prestación por suministrar o bajo la forma negativa de una abstención por observar."



7. *Análisis.* Si comparamos estas definiciones podemos observar que en unas se caracteriza la obligación como un vínculo; en otras se sustituye la palabra vínculo por relación jurídica. En otra se habla de necesidad jurídica. En todas se alude al objeto de la obligación, diciéndose que por virtud de la obligación el deudor debe dar, hacer o no hacer, o en otros términos, ejecutar una prestación o someterse a una abstención. Unas definiciones ven el aspecto pasivo de la obligación refiriéndose al estado del deudor; otras ven el aspecto activo, el del acreedor, teniendo la facultad de exigir algo al deudor.

8. *Definición adoptada.* En vista de las definiciones anteriores, creo que debemos adoptar la siguiente: "Obligación es la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, queda sujeta para con otra, llamada acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial que el acreedor puede exigir al deudor."

El Código de 1884 [art. 1326] emplea un lenguaje muy deficiente diciendo: "Obligación personal es la que solamente liga a la persona que la contrae y a sus herederos." El Código de 1928 no define la obligación.

9. *Crédito y deuda.* La palabra obligación abarca toda la relación; considerada ésta especialmente del lado activo toma el nombre de crédito o derecho personal, y del lado pasivo el de deuda u obligación en sentido restringido [Planiol, t. II, núm. 157; Bruggi, pág. 489].

## CAPÍTULO SEGUNDO

### *Análisis de los elementos de la obligación*

Según la definición, tres son los elementos de obligación [Giorgi, t. I, número 13].

### SECCION 1ª LOS SUJETOS

10. *Primer elemento.* Un sujeto activo y una pasivo [Polacco, número 31; Carboni, núm. 44*e segg.*; Demogue, t. I, núm. 6] cuando menos, pudiendo haber pluralidad de acreedores, de deudores o de unos y otros. [Giorgi, t. I, núms. 68 y 69.] ¿Una obligación puede tener titulares activos o pasivos indeterminados? Baudry-Lacantinerie et Barde [t. XII, núm. 3] consideran que sólo la negativa puede concebirse. Demogue sostiene, y con razón, que nada impide técnicamente que un deudor o un acreedor sea indeterminado, que basta que haya en el momento de ejecutarse la obliga-

ción quien exija o efectúe el cumplimiento de ella y, por consiguiente, que el acreedor sea determinable al vencimiento. Pero la obligación en provecho o en contra de persona indeterminada presenta defectos que restringen su empleo, pues en tanto que una persona está indeterminada es imposible, si no tiene un representante, entenderse con ella para modificar o extinguir la obligación y para que ésta sea reconocida, desde antes de la determinación del beneficiario, es preciso que razones de seguridad obliguen a considerar como teniendo ya un valor jurídico la pretensión o la promesa. [Demogue, t. I, núm. 6.] Así, por ejemplo, cuando alguien suscribe un título al portador se obliga hacia la persona indeterminada que le presente el título para su cobro. [Demogue, t. I, núm. 6; Carboni, núm. 69; Bonnecase, *Suppl.*, t. V, núm. 81, pág. 137.] Otro ejemplo: cuando un deudor fallece habiendo instituido heredero en su testamento a un extraño y los herederos legítimos impugnan la validez del testamento, el deudor es incierto, mientras no se resuelve por sentencia si el testamento es válido o no. En el primer caso el deudor será el heredero testamentario y en el segundo caso los herederos por intestado serán los deudores [Borja Covarrubias, en su *cátedra de Teoría General de las Obligaciones*].

## SECCION 2ª LA RELACION JURIDICA

11. *Segundo elemento.* Una relación jurídica, es decir, protegida por el derecho objetivo, que da al acreedor una acción que ejercitar ante el juez para obtener la prestación objeto de la obligación o su equivalente. Ejemplo: *A* presta mil pesos a *D*, quien se obliga a pagárselos el 30 de junio del corriente año. Si en esta fecha, *D* no entrega los mil pesos a *A*, éste puede hacer que *D* sea compelido por un juez a pagar. Este carácter diferencia la obligación de los deberes morales o del trato social, que no cuentan con la sanción del poder público [Demogue, t. I, núm. 3; Giorgi, t. I, núm. 33]. Así, por ejemplo, si un padre ofrece a su hijo darle un premio si éste obtiene una alta calificación en su examen próximo, el primero no habrá contraído una obligación, porque, de acuerdo con su intención, no podrá ser compelido por un juez a cumplir. Por lo mismo, hay que decir que si dos personas se comprometen a reunirse el próximo domingo para ir juntos a un paseo a Cuernavaca, no quedarán obligadas.

12. *Tesis Alemana.* Lévy-Ullmann [págs. 54-59] expone esta tesis citando a Kohler y a Gierke. Para Kohler decir que el deudor está obligado significa simplemente que el Derecho le manda alguna cosa; la relación obligatoria no es sino una relación de deber, en vista de cuya inejecución (cuando no es ejecutada) el poder público se apoderará de la persona o del patrimonio del deudor para obligarlo a ejecutar la obligación. Según Gierke hay que distinguir la noción de deuda (Schuld) de la de coacción (Haftung). La deuda tiene por contenido un deber jurídico, en este sentido que si una de las partes efectúa la prestación que debe efectuar, ejecuta un acto válido, la deuda no contiene el poder de coacción, ésta no es sino un sucedáneo. En caso de inejecución aparece la otra noción, la de coacción, posibilidad cuando el deber no ha sido cumplido de apoderarse, no de la persona sino de lo que responde de la deuda, es decir, la mayor parte de las veces del patrimonio, de los objetos que han sido de antemano considerados como respondiendo de la obligación.

[Sobre la misma tesis puede verse *Enneccerus*, etc. (Derecho de obligaciones, vol. I, párrafo 2, págs. 8-12), Pacchioni *(Lezioni di Diritto Civile. La Obligazione*, Parte General, págs. 2-55). Ripert y Boulanger (t. II, núm. 1299), Castán Tobeñas (t. II, págs. 443-447) y Puig (t. IV, vol. I, páginas 16-22.]



## SECCION 3ª EL OBJETO

13. *Tercer elemento.* Una prestación o una abstención de carácter patrimonial.

### I. Prestación o abstención

14. *Los objetos de la obligación.* Se llama objeto de la obligación lo que puede exigir el acreedor al deudor. Este objeto puede ser un hecho positivo, como la ejecución de un trabajo o la entrega de dinero: se le llama entonces prestación; puede ser también un hecho negativo, es decir, una abstención. Entre las obligaciones que tienen por objeto una prestación positiva, se hace una subdistinción [artículo 1422, Código de 1884]. Se colocan aparte las que tienen por objeto prestaciones de cosas [arts. 1429 y sigs., del Código de 1884, y 2011 y sigs., del Código de 1928], o sea, una traslación de propiedad o un derecho de uso de las cosas, etc. [artículos 1435 del Código de 1884 y 2011 del Código de 1928] y se les llama obligación de dar, tomando esta palabra en un sentido semejante al de las latinas *dare* y *praestare*. Las obligaciones positivas que no son de dar, son las que tienen por objeto prestaciones de hecho [arts. 1423 y sigs., del Código de 1884, y 2027 y 2028 del Código de 1928], y se llaman obligaciones de hacer. Las obligaciones negativas indistintamente toman el nombre de obligaciones de no hacer [art. 1428 del Código de 1884 y 2028 del Código de 1928]. Hay, pues, tres objetos posibles para las obligaciones: dar, hacer y no hacer [Planiol, t. II, núm. 159].

### II. Carácter patrimonial

#### A. *El objeto debe ser apreciable en dinero*

15. *El problema.* El Código de 1884, refiriéndose al objeto de las obligaciones contractuales, exige que pueda reducirse a un valor exigible [ar-

tículo 1306, II]. Este precepto tiene por origen el artículo 671, fracción II del Código Portugués. Cunha Gonçalves lo comenta en los términos que pueden verse en su obra [t. IV, pág. 343]. El artículo 241 del Código Alemán dice: "En virtud de la relación de obligación el acreedor tiene el derecho de exigir del deudor una prestación. La prestación puede consistir igualmente en una abstención." Como se ve en este artículo no se hace alusión al valor pecuniario de la obligación y esto ha sido intencional como puede verse en el comentario de Saleilles y está de acuerdo con los motivos expuestos sobre dicho Código. El Código de 1928 no ha reproducido la fracción II del artículo 1306 del Código de 1884.

16. *Diversos puntos de vista.* Por lo mismo, voy a exponer sucintamente los principales puntos de vista sobre esta cuestión:

I. [Aubry et Rau, t. IV, párrafo 344, pág. 320; Laurent, t. XVI, número 81; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núms. 293 y 294]. La prestación que forma el objeto de la obligación debe ser susceptible en sí misma de apreciación pecuniaria y además debe presentar para el acreedor alguna ventaja apreciable en dinero, el acreedor debe tener un interés de esta naturaleza en el cumplimiento de la prestación y no sólo un interés de afección.

II. [Jhering: *Oevres Choisies, tradutes aver l'autorisation de l'auteur par,* O. de Meulenaere. París, 1893, págs. 147 a 211; Windscheid, t. II, párrafo 250, nota 3 y párrafo 314, nota 8; Demogue, t. II, núm. 759; Colmo, núms. 28 a 31]. No toda obligación debe tener un valor patrimonial. La promesa debe tener un interés para aquel a quien se hace aunque este interés no debe ser de naturaleza patrimonial. Jhering, en apoyo de su tesis, cita numerosos ejemplos entre los cuales escogeremos dos: una señora enferma a quien molesta la música da en arrendamiento unas piezas de su casa a una persona imponiendo la restricción de que no tocará música. Una persona que desea divertirse en un baile contrata a unos músicos para que toquen en él.

III. [Giorgi, t. I, núm. 228; Polacco, t. I, núms. 16 y 38; Dernburg, párrafo 172; Castán Tobeñas, t. II, pág. 441; Puig Peña, t. IV, vol. I, pág. 33]. Las obligaciones siempre han estado comprendidas en el derecho patrimonial; así, pues, la prestación que constituye su objeto debe tener valor económico, debe ser valuable en dinero. Esto no significa que la prestación deba consistir siempre para el acreedor en un aumento efectivo de sus bienes económicos, sino que basta con que el objeto pertenezca a la esfera patrimonial, que sea susceptible de obtenerse con dinero, no siendo necesario que el interés del acreedor sea de carácter patrimonial, pudiendo serlo de naturaleza moral o de afección. Hay, pues, que distinguir el interés que el acreedor tiene en obtener la prestación, de la prestación misma que debe ser de tal naturaleza que en caso de su incumplimiento se pueda condenar al deudor al pago de su equivalente económico.

Resumiendo: en el sentido de la tesis expuesta en el párrafo III precedente es como debe entenderse nuestro Código de 1928.



B. *Tesis objetivista*

17. *En qué consiste. Su crítica.* Levy-Ullmann a propósito de su definición de obligación dice que ésta no es solamente una relación entre personas, sino que es también una relación entre patrimonios, que la obligación no implica solamente el deudor y el acreedor, sino también la deuda y el crédito. El mismo autor agrega que Saleilles ha iniciado en Francia un movimiento en su libro sobre las obligaciones según el primer Proyecto de Código Civil Alemán y especialmente en su curso de Derecho civil profundizado sobre la teoría del contrato (años de 1898 y 1899), cuya sustancia ha sido resumida en el artículo escrito por Lerebours-Pigeonniere, discípulo de Saleilles, en el libro *La Obra Jurídica de Raymond Saleilles.* Para Saleilles la obligación tiene un carácter objetivo, es decir, que lo que tiene valor en la obligación es la prestación misma que constituye su objeto, siendo en la generalidad de los casos indiferente quién sea el deudor o el acreedor. Cuando se contrae la obligación de pagar mil francos, lo que importa es que sean pagados; la personalidad de quien deba efectuar el pago puede ser indiferente y además la presencia actual de un acreedor no es indispensable para la existencia misma de la obligación, la personalidad del acreedor podrá venir obligándose para con aquel que le entregue ese título [Lévy-Ullmann, págs. 17 y 27 a 42.] Gaudemet en su tesis *Le transport des dettes a titre particulier* [págs. 30 y 31] ha exagerado las ideas de Saleilles cuando dice: "...es el patrimonio quien debe al patrimonio. El derecho personal no es ya un derecho sobre la persona, es un derecho sobre los bienes... Su única diferencia con el derecho real es que no afecta privativamente a una cosa determinada, sino colectivamente a un patrimonio entero... el deudor y el acreedor no son sino los representantes jurídicos de sus bienes." Gazin en su tesis *Essai critique sul la notion de patrimoine dans la doctrine classique* a su vez dice que el derecho personal es un derecho real indeterminado en cuanto al objeto material sobre el cual recae. Rigaud en su tesis *El derecho real, historia y teorías, su origen institucional,* cuyos conceptos reproduce y aprueba Bonnecase *[Suppl.,* t. V, núms. 21 y 22] critica la tesis objetivista, diciendo: "Es perfectamente verdadero que la obligación se ha despersonalizado más y más para patrimonializarse... La obligación puede considerarse objetivamente en su contenido, independientemente de la persona del deudor, por el intermediario del cual este contenido debe realizarse; poco importa, en general, al acreedor, que un nuevo deudor se sustituya al antiguo, siempre que su solvencia sea la misma y que en definitiva el contenido de la obligación se realice en su provecho por medio de tal o de cual... Reconocemos que en la noción moderna de la obligación la persona del sujeto pasivo puede cambiar sin que la relación sea destruida, pero esto no suprime la necesidad de un sujeto pasivo... si la obligación es debida por los bienes o por el patrimonio, no por la persona, cómo explicar que la obligación

subsista cuando el individuo no tiene ningún bien y que después pueda ser ejecutada cuando adquiera alguno... El objeto de la obligación no es el patrimonio del deudor ni en el derecho moderno su persona, sino la prestación por suministrar (hecho o abstención) por el sujeto pasivo... la ejecución sobre los bienes interviene solamente como sanción. La obligación sigue siendo, pues, una relación de persona a persona, aunque la individualidad de ésta importe poco en derecho moderno."

## CAPÍTULO TERCERO

### *Comparación entre el derecho real y el derecho personal o la obligación*

### SECCION 1ª TEORIA CLASICA

18. *Su exposición.* El derecho real es relación entre persona y cosa y el derecho personal es relación entre persona y persona. [Giorgi, tomo I, núm. 3.] Hay derecho real cuando una cosa se encuentra sometida completa o parcialmente al poder de una persona en virtud de una relación inmediata oponible a cualquiera otra persona. [Aubry et Rau, t. II, párrafo 172; Colin et Capitant, t. I, núm. 88.] En este concepto el criterio diferencial entre las dos categorías de derechos patrimoniales es suministrado por lo inmediato de la relación en que se encuentra el sujeto del derecho con el objeto del mismo. Esta relación inmediata se encuentra en el derecho real; mientras que en la obligación el deudor funge de intermediario entre el titular del derecho y el objeto. [Polacco, t. I, núm. 5.] En otros términos, en el derecho real no se encuentran sino dos elementos: una persona, sujeto activo del derecho (por ejemplo, el propietario en el derecho de propiedad), y una cosa objeto del derecho. No hay intermediario entre el titular del derecho y la cosa que es su objeto. [Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. I, núm. 1228.] En el derecho personal hay tres elementos: sujeto activo, sujeto pasivo y objeto del derecho. [Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. I, núm. 1229.] El Código de 1884 acepta la teoría clásica cuando dice: "Obligación real es la que afecta a la cosa y obra contra cualquier poseedor de ésta" [art. 1327]. En el Código de 1928 no se establece expresamente criterio alguno.

19. *Su fundamento según Bonnecase.* Este autor sostiene con gran acopio de razones, basadas especialmente en datos de la economía política, la diferencia específica entre el derecho real y el derecho prsonal, que, según sus palabras "reside en el hecho fundamental que el derecho real traduce la apropiación de una riqueza en el sentido de cosa material, en tanto que la obligación o derecho de crédito es la expresión de la noción de servicio, es decir, de un acto o de una abstención que tiene un alcance



social". *[Suppl.*, t. V, núms. 1-47, especialmente el núm. 47; *Précis*, t. I, núm. 591-594 y t. II, núm. 20 y sigs.]

20. *Teorías contrarias.* En contra de la teoría tradicional, que como se ve es bipartita, han surgido dos unitarias, a saber: la que pretende que los derechos personales son de la misma naturaleza que los derechos reales, de la cual ya hemos tratado y la que atribuye al derecho real la misma naturaleza que tiene el derecho personal; de esta última nos ocuparemos a continuación.

### SECCION 2ª CONCEPCION PERSONALISTA

21. *Crítica de la teoría tradicional.* Se critica la teoría tradicional diciéndose que todo derecho es una relación entre personas, que no puede existir una relación de orden jurídico entre una persona y una cosa. [Planiol, t. I, núm. 2159 y t. II, pág. X; Ortolan, t. I, *Généralisation*, números 188-194.]

22. *La teario personalista.* En todo derecho hay siempre, por una parte, el sujeto activo al que es atribuido el derecho, y, por otra parte, la masa de todos los hombres, de todas las personas, obligadas a dejar obrar a quien pertenece el derecho. Pero si esta obligación general y colectiva existe en todo derecho, hay casos en que es la única, en que el sujeto activo tiene facultad de sacar directamente de una cosa una utilidad, sin otra obligación que la impuesta a todos de dejarlo obrar, de abstenerse de poner cualquier obstáculo. Hay casos, al contrario, en los cuales, además de esta obligación general, el derecho confiere al sujeto activo la facultad de exigir individualmente a una persona una acción o una inacción. En el primer caso, los derechos son reales; en el segundo, personales, y ambos tienen la misma naturaleza, la de obligación. [Ortolan, t. I, *Généralisation*, núms. 189-194; Planiol, t. I, núm. 2160.] En esta nueva teoría, la antítesis fundamental entre los derechos reales y los obligatorios consiste en que mientras los primeros son derechos patrimoniales absolutos, los otros son derechos patrimoniales relativos. El derecho real importa un deber general negativo de respeto hacia el titular: el derecho de obligación, por el contrario, importa el deber particular de una persona de procurar una utilidad al acreedor. [Ferrara, t. I, núm. 79, pág. 377.]

### SECCION 3ª DOCTRINA ECLECTICA

23. *Crítica de la teoría personalista.* Respecto de la concepción personalista puede decirse que le concede una importancia exagerada a la obligación al sostener que basta por sí misma para constituir y caracterizar al derecho real. Ciertamente esta obligación existe, pero no es suficiente para

dar a conocer el contenido del derecho real. Hace abstracción de su objeto, no da ninguna idea del poder jurídico que el derecho confiere a su titular. Y esto es tan verdadero que, para definir los derechos reales en particular, no se habla de esta obligación pasiva universal y se insiste únicamente en las prerrogativas que derivan de ellos. [Planiol, Ripert e Picard, *Traité Pratique de Droit Civil Française*, t. III, pág. 39. Artículos 729, 865 y 942 del Código de 1884 y 830, 980 y 1057 del Código de 1928.]

24. *La teoría ecléctica.* En conclusión: para definir el derecho real es preciso considerar los dos aspectos bajo los cuales se presenta. Bajo su aspecto interno el derecho real representa un poder jurídico directo sobre la cosa. Bajo su aspecto externo lo que aparece es la obligación general que tiene por fin hacer respetar la situación del titular respecto de la cosa; obligación pasiva que es distinta de la individual que caracteriza al derecho personal. [Planiol, Ripert et Picard, *op. cit.*, tomo III, núm. 40; véase Roguin, *La Science Juridique Pure*, t. III, núms. 941 et 942.]

## SECCION 4ª OBLIGACIONES REALES

25. BIBLIOGRAFIA. BONNECASE, *Suppl.*, t. V, núms. 153-209; PLANIOL, tomo II, núms. 186-190 y t. I, núms. 2368 y 2967; BAUDRY-LACANTENERIE y CHAUVEAU, *Traité*, etc., t. VI, núms. 1071 y sigs.; AUBRY y RAU, t. IV, párrafo 299, pág. 37; DEMOLOMBE, *Contrats*, t. IV, núm. 17 *bis*; PLANIOL, RIPERT et PICARD, *Traité Pratique*, etc., t. III, núms. 941 y sigs.; POLACCO, t. I, número 11; BONNECASE, *Précis*, t. II, núms. 131 y 147; BRETON, "Théorie générale de la renonciation aux droit reels" *(Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1928); LÉPARGNEUR, "De l'effet a l'egard de l'ayant cause particulier des contrats générateurs d'obligations relatifs au bien transmis" *(Revue Trimestrielle de Droit Civile*, 1924, págs. 558 y sigs.).

26. *Noción.* Bonnecase, sobre la noción de obligación real, presenta en el Suplemento citado la siguiente fórmula: "Existen en nuestro Derecho positivo actual, bajo el nombre de obligaciones reales o *propter rem*, obligaciones enteramente distintas: por una parte, de las obligaciones personales u obligaciones propiamente dichas, por otra parte, de los derechos reales. Estas obligaciones consisten esencialmente en la necesidad para el deudor de ejecutar un acto positivo, exclusivamente en razón y en la medida de una cosa que detenta; dichas obligaciones se transmiten, en consecuencia, *ipso jure* a los detentadores sucesivos de la cosa sin que en ningún caso se transformen, sea en derechos reales, sea en obligaciones personales" [número 187].

27. *Carácter accesorio.* La obligación real,, agrega Bonnecase, es accesoria de un derecho real principal [núms. 187-189] y refiriéndose a esta proposición presenta ejemplos concretos que también se encuentran en nuestros Códigos civiles, a saber: 1º El derecho de propiedad trae consigo



para los copropietarios de una pared la obligación de costear proporcionalmente la reparación y reconstrucción de esa pared [Código de 1884, artículo 1004, y Código de 1928, artículo 960]. 2º Entre las obligaciones reales inherentes al derecho de usufructo se encuentran las del usufructuario de formar a sus expensas, un inventario de los bienes y la de dar la correspondiente fianza de que disfrutará de las cosas con moderación, etc. [Código de 1884, art. 893, y Código de 1928, art. 1006]. 3º Como obligación que se refiere a la servidumbre se puede señalar la que contrae el dueño del predio sirviente en el título constitutivo de la servidumbre, a hacer alguna cosa o a costear alguna obra, obligación de la que se librará abandonando su predio al dueño del dominante [Código de 1884, art. 1043, y Código de 1928, art. 1121].

28. *Diferencias.* En tanto que la obligación personal o de derecho común reposa directamente sobre la persona del deudor y es ejecutoria sobre todos los bienes de su patrimonio [Código de 1884, art. 1928, y Código de 1928, art. 2964], la obligación *propter rem* tiene su asiento en una cosa a la cual se relaciona tanto en su existencia como en su ejecución [número 195]. Si el deudor, ante la acción del acreedor abandona la cosa, se extingue la obligación [núm. 196]. [Código de 1884, arts. 1005, 925 VI y 1043; Código de 1928, arts. 961, 1038 VI y 1121.] Por último, la obligación *propter rem* no se absorbe de ninguna manera en los diversos derechos reales de los cuales representa lo accesorio [núm. 204].

28 *bis. Pretendidas obligaciones reales.* Advierte Bonnecase que se ha pretendido ver obligaciones reales relativas a los derechos reales de garantía o de segundo grado en las situaciones jurídicas siguientes:

1º Una persona sin contraer obligaciones personal como fiador respecto de la deuda de otro, constituye una hipoteca sobre uno de sus bienes en provecho del acreedor. 2º Una persona, adquiere un inmueble que está hipotecado para garantizar una deuda extraña a él. En estos casos el detentador del bien hipotecado, al dejar que el acreedor se pague sobre el inmueble o pagando él mismo, soporta una distracción más bien que ejecutar una obligación. La necesidad en que se encuentra el detentador de tener que pagar, de una manera o de otra, el monto de la hipoteca no es otra cosa que el revés directo del derecho real de hipoteca; sufre la acción hipotecaria. *[Précis*, t. II, núms. 133 y 136].

3º y 4º La situación de aquel que recibiendo un patrimonio no está obligado al pasivo inherente a ese patrimonio, sino con los bienes que lo componen de una manera concreta, como es el heredero beneficiario *[Précis*, t. II, nums 133 y 134]. No se ve verdaderamente cómo aparecería en esta última situación una obligación real. Se encuentra uno, en efecto, en presencia de una masa constitutiva de una universalidad jurídica, que encierra en ella indisolublemente unidos un activo y un pasivo... La masa hereditaria que es el objeto de una aceptación beneficiaria... se disocia por el

pago del pasivo... el heredero... asiste a esta disociación... se contentará con recoger las sobras de la liquidación *[Précis*, t. II, núm. 135].

## CAPÍTULO CUARTO

### *Carácter propio de la teoría de las obligaciones*

29. *Su importancia.* Esta teoría tiene una importancia doctrinal extrema por contener las nociones fundamentales de la ciencia del derecho [Planiol, Prefacio del tomo II]. Los textos que tienen el valor de principios generales se encuentran en la parte del Código consagrada a esta materia [Planiol, *loc. cit.*]. En el mismo sentido Ripert et Boulanger [t. I, número 5].

30. *Pretendida inmutabilidad.* Se ha pretendido que las obligaciones representan la parte inmutable del Derecho. Esto es una ilusión [Planiol, t. II, núm. 160]. "Las disposiciones legales relativas a las obligaciones... bien que estén dotadas, gracias a su generalidad, de una longevidad especial que les permite sobrevivir a otras partes de los Códigos, no son susceptibles, sino de aplicaciones temporales... el derecho de las obligaciones evoluciona tanto más cuanto que se liga al Derecho comercial, derecho menos estable; pero evoluciona lentamente... Esta generalidad se debe... a que comprende situaciones extremadamente diversas, de suerte que se eleva naturalmente de los casos concretos hacia las nociones sistemáticas, los conceptos; en estas esferas elevadas, menos accesibles a ciertas particularidades de tiempo o de lugar, no pueden transformarse sino a la larga, bajo los esfuerzos repetidos de las grandes corrientes sociales y entre ciertos límites impuestos por la razón" [Demogue, t. I, núm. 1].

## CAPÍTULO QUINTO

### *Obligaciones civiles y mercantiles*

31. *¿Unidad o dualidad de legislación?* Las obligaciones mercantiles derivan de los actos de comercio. Estos son los enumerados en los artículos 75, 76 y 4º del Código de Comercio, o hablando en términos aproximados y muy generales, son los relativos a la industria comercial en toda su extensión, la manufacturera, la fabril y la de transportes, las operaciones que tienen por objeto realizar utilidades especulando sobre la enajenación, la transformación y el transporte de las cosas [Lyon-Caen et Renault. *Traité de Droit Commercial*, 5e. éd., tomo I, núm. 6]. Las obligaciones mercantiles se rigen por el Código de Comercio y, como supletorio de éste, por el Código Civil. Las civiles se rigen sólo por este último.



Thaller ha hecho notar la atracción ejercida por el Código Civil y por sus métodos sobre el derecho comercial y Lyon-Caen ha observado la influencia del Derecho Comercial sobre el Derecho Civil desde 1804 *[Le Code Civil.* "Livre du Centenaire", t. I, págs. 225 y 206]. En vista de este movimiento recíproco, cabe preguntar: ¿Deben subsistir dos Códigos sobre la materia de las obligaciones o deben fusionarse en uno solo? La primera tesis la defiende Vidari *[Curso de Derecho Mercantil*, apéndice al tomo I] y la segunda la ha sostenido Vivante *[Tratado de Derecho Comercial*, traducido al francés por Escarra, tomo I. Introducción] pudiendo decirse que los autores que han tomado parte en esta polémica, participan ya de una, ya de otra opinión [V. *La Unidad del Derecho Privado en Materia de Obligaciones*, por el profesor César Vivante. Traducción de la 5ª edición italiana con prólogo y notas de José de Benito].

32. *La Tesis de Vivante.* Desde luego, entre actos civiles y actos de comercio no hay ninguna diferencia esencial, como lo confiesa el mismo Vidari y lo comprueba el hecho de que el Código Civil deba y pueda aplicarse a los actos mercantiles a falta de disposición del Código de Comercio [art. 2º de éste]. "La posibilidad de regular con la misma teoría general todas las relaciones privadas y todos los ciudadanos, está demostrada diariamente por las jurisprudencias inglesa y americana, las cuales no conocen ni reglas particulares para los comerciantes ni una teoría especial de los actos mercantiles" [Vivante, *op. cit.*] y, por la existencia en Suiza del Código Federal de las obligaciones de 14 de junio de 1881, reformado e incorporado al Código Civil en 30 de marzo de 1911. "La división del Derecho Privado —dice Vivante— ejerce, en fin, una perniciosa influencia sobre su progreso científico. Cualquiera que tenga alguna familiaridad con nuestro Código de Comercio estará convencido de que es justa la acusación, tantas veces repetida, de una gran deficiencia en las reglas generales, de una excesiva particularidad en las normas de las diversas instituciones... el que estudia las instituciones mercantiles no tiene la mirada fija y atenta a la teoría general de las obligaciones, que pertenece a otra disciplina, distinta en los Códigos, en la doctrina y hasta en la enseñanza. Estudia cada institución, casi aislándola de la teoría general y complaciéndose en multiplicar las excepciones del Derecho Común, como otros tantos hallazgos jurídicos... El nacimiento de nuevas relaciones jurídicas, que engaña el afán elaborativo de los cultivadores del Derecho Mercantil, es, por el contrario, el alimento que falta al Derecho Civil. Sus instituciones se desarrollan con gran precisión lógica de deducción; el pensamiento legislativo ha sido penetrado del todo por la pesquisa microscópica del comentarista, pero el soplo de vida ha cesado de correr en muchas de sus instituciones, que parecen simples problemas de estudio... Aproxímese lo nuevo a lo viejo, encamínense las corrientes de la vida a las instituciones civiles, y veremos restaurarse, reanimarse muchas instituciones que, por defecto de funcionamiento, amenazan morir por atrofia... Acérquense las instituciones que ahora apoyan

sus raíces en estos dos mundos, civil y mercantil, artificiosamente distintos... Las leyes, creadas —por el Derecho Mercantil— para salvaguardia del crédito, pueden, según la mente del legislador, extenderse a todo el consorcio civil, y es ésta una idea que se justifica pensando en la profunda homogeneidad de nuestra constitución social, donde las diversas clases de ciudadanos se encuentran entremezclándose por todas partes y trabajando juntos en la lucha por la existencia. Si el comercio exige la prontitud y la puntualidad de los negocios, estas buenas costumbres van haciéndose familiares con los ferrocarriles, el telégrafo, el correo y con las instituciones de crédito... El acto mercantil, en el sentido amplio del Código, se ha hecho corriente en todos los órdenes ciudadanos; las normas jurídicas, de las que el ambiente mercantil, más activo y más práctico, sintió antes la necesidad, pueden aplicarse, por lo menos en gran parte, a los intereses de todos; y la autonomía del Derecho Mercantil, que se conserva no obstante la gran uniformidad de la vida moderna, parece más bien subsistir por la fuerza de la tradición que por buenas razones" [Introducción al *Tratado de Derecho Comercial*, traducido por Benito, págs. 79 a 83 y 55 a 56].

Vivante, en su *Tratatto di Diritto Commerciale*, 5ª ed. (1929), *Introduzioni*, y en su artículo publicado en la *Revista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni diretta dagli avvocati* (A. Sraffa e C. Vivante), año de 1925, bajo el título de *La autonomía del Diritto Commerciale e i progetti di riforma*, cambia de opinión por razones que someramente expone y que no me convencen; principalmente invoca la tendencia del Derecho Mercantil hacia la unidad cosmopolita. Pero hace la reserva de que aun hoy cree que la fusión de ambos derechos es un deber de quien estudia y de quien enseña, un deber científico y didáctico, porque la ciencia y la escuela deben tender a construcciones completas.

Hay que advertir que el Código Civil Suizo y el nuevo Código Civil Italiano de 1942 comprenden el Derecho Civil y el Comercial.

## CAPÍTULO SEXTO

### *Tendencia hacia la unificación del derecho de las obligaciones*

33. *Los puntos de vista de Demogue.* Bajo el título de *La Unificación Internacional del Derecho Privado* ha publicado Demogue un pequeño libro muy interesante. En él examina los progresos que se han realizado en los últimos cincuenta años sobre la unificación en varias ramas del derecho, ya por medio de leyes uniformes, ya por medio de tratados, hasta llegar al próximo establecimiento en Roma de un Instituto de Derecho Privado bajo la consagración de la Sociedad de las Naciones. Examinando el problema actual emite las ideas fundamentales que someramente voy a indicar.



Los Estados, especialmente los Estados jóvenes, tienen la preocupación, perfectamente legítima, de mantener y desarrollar lo que es nacional. Al mismo tiempo este espíritu nacionalista que conduciría a adoptar un derecho especial al país, debe conciliarse con relaciones internacionales, cada vez más frecuentes, que son indispensables para el progreso material y moral de la nación [pág. 7].

El terreno de la unificación es en realidad aquel en que las relaciones internacionales tienen una importancia tal que vale más sacrificar ciertas costumbres o leyes nacionales que persistir en el estado de inseguridad y de complejidad que crea la diversidad de leyes [pág. 128]. Por eso la necesidad de unificación no se hace sentir en Derecho constitucional, administrativo, penal y procesal, ni en el derecho de familia, regímenes matrimoniales, de propiedad [págs. 124 y 125] y de sucesiones hereditarias [página 136], como en materia de obligaciones y contratos [págs. 13, 125 y 135] y en Derecho Mercantil.

La unificación puede realizarse más fácilmente entre los pueblos que han sufrido la influencia sucesiva del Derecho Romano y del Código Napoleón [pág. 122] y que tienen la misma técnica legislativa [pág. 164]; así es tratándose de los países latinos [pág. 164].

34. *Proyecto franco-italiano.* Una comisión formada por jurisconsultos italianos en unión de otra de jurisconsultos franceses ha llevado a cabo un trabajo de revisión de la Teoría General de las Obligaciones y de los diferentes contratos especiales, redactando un proyecto con el propósito de que sea adoptado en Italia y en Francia y de que pueda servir de base para trabajos legislativos en el extranjero [págs. 107 y 110]. El texto definitivo (en italiano y en francés) del *Proyecto de Código de las Obligaciones y de los contratos*, aprobado en París en octubre de 1927, fue publicado en Roma, en el año de 1928, con una exposición de motivos.

## TÍTULO SEGUNDO

# HECHOS Y ACTOS JURIDICOS

### CAPÍTULO PRIMERO

### *Noción de los hechos jurídicos en general*

35. *Los efectos de derecho.* Hay hechos que no producen efectos de derecho, por ejemplo, leer un libro [Jèze, *Cours de Droit Public*, pág. 64; Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, t. I, pág. 149]. Otros los producen, pues el derecho los toma en consideración para atribuirles consecuencias jurídicas [Bonnecase, *Suppl.*, t. II, núm 252]. Los efectos de derecho pueden consistir en la creación, transmisión, modificación y extinción de obligaciones o derechos. Los hechos que producen estos efectos jurídicos se llaman hechos jurídicos, en el sentido general de esta expresión [Bonnecase, *Suppl.*, t. II, núm. 252; Capitant, *Introdution a l'étude du Droit Civil*, 4e. éd., núm. 228; Colin et Capitant, t. I, núm. 49; Demogue, t. I, número 11].

36. *División.* Los hechos jurídicos (en sentido general) se dividen en dos categorías: actos jurídicos y hechos jurídicos (en sentido especial). [Bonnecase, *Suppl.*, t. II, núm. 253; Colin et Capitant, t. I, núm. 49.]

### CAPÍTULO SEGUNDO

### *Noción y Clasificación de los actos jurídicos*

37. *El fin.* Bonnecase *[Suppl.*, t. II, núm. 251] define el acto jurídico diciendo que "es una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin directo es engendrar, fundándose en una regla de derecho, en contra o en provecho de una o de varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica general y permanente, o, al contrario, un efecto de derecho limitado que conduce a la formación, a la modificación o la extinción de una relación de derecho". Contrayéndonos a la materia de las obligaciones, podemos definir el acto jurídico diciendo que "es una manifestación exterior de voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho y que produce el efecto



deseado por su autor, porque el derecho sanciona esa voluntad" [Capitant, *ob. cit.*, núm. 230. Véase, además, Bonnecase, *Suppl.*, t. II, núms. 349 y 366; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. I, núm. 102-2; Planiol, t. I, núm. 265; Duguit, t. I. pág. 219].

38. *Actos unilaterales y bilaterales.* Los actos jurídicos pueden ser unilaterales o bilaterales [Bonnecase, *Suppl.*, núm. 251]. Los primeros exigen solamente una voluntad y los segundos el concurso de dos voluntades [Capitant, *ob. cit.*, núm. 231] Ejemplo de acto unilateral es la remisión de deuda, o sea el acto por el que el acreedor perdona la deuda a su deudor, renuncia a su crédito [art. 1648 del Código de 1884, y art. 2209 del Código de 1928]. Los actos jurídicos bilaterales (o, mejor dicho, plurilaterales) se llaman convenios [Capitant, *ob. cit.*, núm. 232; Colin et Capitant, t. I, núm. 54; Demogue, t. I, núm. 16, y los autores que cita; art. 1792 del Código de 1928]. Los convenios que crean una obligación o la transmiten, toman el nombre especial de contratos [art. 1272 del Código de 1884 y art. 1793 del Código de 1928; Colin et Capitant, t. I, núm. 54; Demogue, t. I, núm. 221]. V. nº 158 de este libro.

### CAPÍTULO TERCERO

### *Noción y clasificación de los hechos jurídicos*

### (En sentido especial)

39. *Hechos voluntarios e involuntarios.* Comprenden dos grupos.

*Primero.* Los hechos voluntarios, o sea los producidos por la actividad del hombre, en los que se producen los efectos de derecho independientemente de la intención de sus autores [Colin et Capitant, tomo I, núm. 51; Capitant, *ob. cit.*, núm. 229; Bonnecase, *Suppl.*, t. II, números 253 y 367]. Estos hechos a su vez se subdividen en hechos lícitos e ilícitos [Bonnecase, *Suppl.*, t. II, núm. 367]. I) LÍCITOS. La gestión de negocios, por ejemplo, en la que el gestor tiene la obligación, aun sin quererlo, de seguir la gestión que ha empezado [art. 2430 del Código de 1884 y art. 1902 del Código de 1928; Bonnecase, *Suppl.*, tomo II, núm. 367]. II) ILÍCITOS, como son los delitos y los cuasi delitos [Bonnecase, *Suppl.*, t. II, núm. 367; Colin et Capitant, t. I, número 51; Capitant, *ob. cit.*, núm. 229]. El que comete un delito intencional [art. 8, frac. I, del Código Penal] tiene la intención de causar un daño, pero no de resarcirlo, y, sin embargo, por el hecho de cometer el delito nace a su cargo una obligación de indemnización [art. 29 del Código Penal]. El que comete un delito de imprudencia, es decir, un cuasi delito [art. 8, frac. II, del Código Penal] hace que nazca en su contra una obligación de indemnizar el daño que cause [art. 29 del Código Penal], y este resultado es extraño a su voluntad.

*Segundo.* Los hechos independientes de la voluntad del hombre, que son los acontecimientos naturales o accidentales. Ejemplos: el nacimiento, que puede producir a cargo del que nace una obligación de dar alimentos a sus padres [art. 208 del Código de 1884, 54 de la Ley sobre relaciones familiares y 304 del Código de 1928]; un accidente del que es víctima un obrero, que engendra una obligación a cargo del patrón de indemnizar a aquél por el perjuicio que sufre [art. 123, frac. XIV, de la Constitución, título 9° de la Ley General del Trabajo, y art. 1936 del Código de 1928]. [Capitant, núm. 229; Colin et Capitant, t. I, núm. 51; Bonnecase, *Suppl.*, t. II, núm. 425.]

## CAPÍTULO CUARTO

### *Función del acto jurídico y del hecho jurídico*

40. *El problema.* ¿Los efectos de derecho se producen en verdad por los actos y hechos jurídicos? ¿Provienen de la ley? Para llegar a la solución de este problema estudiaremos la teoría clásica, la de Duguit y la de Bonnecase.

### SECCION 1ª DOCTRINA CLASICA

41. *Su exposición.* Los actos jurídicos son la fuente más fecunda de las relaciones de derecho [Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. I, núm. 102-3], son causa de la mayor parte de estas relaciones [Planiol, tomo I, número 265], producen los efectos de derecho [Planiol, t. I, núm. 265; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, núms. 102-2]. El elemento esencial de todo acto jurídico es la voluntad de su autor [Colin et Capitant, t. I, núm. 55], de ella derivan directamente los efectos jurídicos [Capitant, *op. cit.*, núm. 230]. En el contrato, la voluntad de las partes forma la obligación: es la fuerza creadora de ella y quien determina a la vez su objeto y su extensión; el legislador no interviene sino para sancionar la obra de las partes, dándoles una acción, o para vigilarla, estableciendo límites a su libertad por medio de prohibiciones y de nulidades [Planiol, t. II, núm. 807]. Tratándose de hechos jurídicos *(stricto sensu)* puede decirse que los efectos jurídicos son directamente creados por el Derecho [Capitant, *op. cit.*, núm. 229], que en estos casos la ley es la fuente de las obligaciones [Planiol, t. II, núm. 807; Beudant, núms. 11 y 12].

### SECCION 2ª TEORIA DE DUGUIT

42. *El acto de voluntad.* En el acto jurídico, considerado como acto de voluntad, hay que distinguir los momentos sucesivos de la concepción, la deliberación, la decisión y la ejecución [Duguit, t. I, párrafos 25, y 27



a 29]. En el primero, "el espíritu se representa diversas cosas que puede querer o no querer, se representa los efectos de derecho que se producirán si quiere tal o cual cosa" [página 224]. En el segundo momento, "el sujeto pone y opone los diferentes objetos posibles de su querer y los efectos que el derecho objetivo les atribuye" [pág. 228]. Y en el tercero hace la elección; esta decisión constituye la volición propiamente dicha [pág. 216]. "El querer humano en materia jurídica, como en los otros dominios, no puede tener otro objeto directo inmediato que un movimiento corpóreo del sujeto... La actividad propia del hombre no puede producir sino esto; es un productor autónomo de energía. Pero esta energía no puede poner en movimiento sino sus propios órganos [pág. 228]... En el último momento del acto jurídico, el sujeto ejecuta el movimiento corpóreo que ha decidido. "Las más veces, en el derecho moderno, la ejecución de la volición interna consistirá, simplemente, en la declaración en una forma cualquiera, oral, escrita y aun por simples gestos del objeto mediato de la volición, en una declaración de la intención" [pág. 235]. A esta manifestación exterior de la voluntad, el derecho objetivo puede atribuir ciertos efectos de derecho [págs. 232 y 229]. "Este efecto de derecho no es producido por la voluntad del sujeto, que no puede producir sino un movimiento de su propio ser. Este efecto de derecho no es objeto inmediato del querer: es objeto mediato, en este sentido, que el sujeto sabe que, si quiere y ejecuta determinado acto corpóreo, el derecho objetivo le atribuye ciertas consecuencias [pág. 229].

43. *El derecho objetivo.* Este análisis... nos suministra el principio de solución para una cuestión que ha suscitado en la doctrina, y particularmente en la doctrina alemana, interminables controversias... es la cuestión de saber si la causa eficiente del efecto de derecho es la voluntad del sujeto o se encuentra, al contrario, en el derecho objetivo [págs. 229-230]... "Después del análisis que precede, la solución aparece evidente. Puesto que el sujeto no puede producir por su voluntad sino un movimiento corporal propio, no es, no puede ser su voluntad la que engendre un efecto de derecho, que dé apertura a una vía de derecho. El efecto de derecho no tiene, pues, por causa eficiente, la voluntad" [pág. 230]... tal efecto de derecho se producirá por aplicación de la ley jurídica o derecho objetivo, como determinada consecuencia material se produce por aplicación de las leyes físicas [pág. 229].

44. *El fin y los móviles.* "En su deliberación, el espíritu del sujeto considera no solamente el objeto inmediato y el objeto mediato del querer, sino también el fin *(but)* a que puede tender [pág. 230]... Contraigo un préstamo para jugar: el objeto inmediato de mi acto de voluntad es la declaración de que me obligo a reembolsar; el objeto mediato es la intención de que nazca una vía de derecho en contra mía; el fin o el motivo determinante es la representación en mi espíritu de la posibilidad en que

estaré de jugar, después de contraído el préstamo [pág. 230]... Al lado del fin o motivo determinante pueden obrar una cantidad de motivos de orden secundario y contingente que he llamado los móviles o los motivos impulsivos, que son evidentemente elementos que participan en la determinación o elección, pero que son de una importancia secundaria o aun nula para el valor jurídico del acto. Tomo dinero en préstamo para jugar, porque amo el juego, porque amo el dinero por el dinero, porque tengo deudas, móviles que seguramente obran sobre la determinación, que pueden quizá modificar la calidad moral del acto, pero que, las más veces, no tienen consecuencia por su valor social y jurídico [págs. 231-232].

## SECCION 3ª TEORIA DE BONNECASE

45. *La función inmediata del acto y del hecho jurídico.* Este jurisconsulto, apoyándose en las ideas de Jhering, Pothier, Toullier, Demolombe y Marcadé [Bonnecase, *Suppl.*, t. I, núm. 375, y t. II, núms. 437 y 444 a 448], formula con gran claridad su teoría, cuyos conceptos fundamentales son los siguientes: "El acto jurídico y el hecho jurídico tienen ambos por función poner en movimiento, en contra o en provecho de una o de varias personas, una regla de derecho o una institución jurídica. Solamente que mientras el autor del acto jurídico tiende directamente y de una manera reflexiva a este resultado, el autor del hecho jurídico lo sufre. Es una de las razones que han conducido a la doctrina clásica a asimilar la función del acto jurídico a la de la ley; tal ha sido el caso en materia de fuentes de las obligaciones. Semejante asimilación es falsa; el acto jurídico no es por sí mismo generador de efectos de derecho de la misma manera que la ley. Considerada en sí misma la voluntad humana, es impotente en el dominio del derecho; no desempeña un papel, sino sobre el fundamento y en los límites de la ley" [Bonnecase, *Suppl.*, t. II, núms. 255-433]. "La función así considerada del acto jurídico y del hecho jurídico no es sino su función inmediata e invariable" [Bonnecase, *Suppl.*, t. II, núm. 433].

46. *La función mediata.* "Su función mediata es dar nacimiento a situaciones jurídicas concretas, las cuales se traducen por la aparición de derechos de familia, de derechos reales y de obligaciones" [Bonnecase, *Suppl.*, t. II, núms. 449-433]. "Se distingue la situación jurídica abstracta y la situación jurídica concreta... Desde que se dicta una regla de derecho, engendra de pleno derecho una o varias situaciones jurídicas abstractas. Tomadas en sí mismas, consideradas objetivamente, se podría decir que no son otra cosa que las categorías o cuadros sociales creados por la ley, y en los cuales no entran o no son susceptibles de entrar sino aquellas que reúnen ciertas condiciones... La situación jurídica abstracta se caracteriza por estar desprovista de consecuencias prácticas para sus beneficiarios... En tanto que la situación jurídica abstracta es una simple manera de ser teórica, una vocación, se podría decir, para beneficiarse eventualmente con



una ley, la situación jurídica concreta es una realidad positiva. Es la ley funcionando verdaderamente en provecho de una persona determinada. Como lo revela la definición de la situación jurídica concreta, ésta tiene en su base un acto jurídico o un hecho jurídico que ha puesto en movimiento la ley de que se trate [Bonnecase, *Suppl.*, t. II, núms. 17. 18 y 19].

## SECCION 4ª CONCLUSION

47. *Opinión ecléctica.* La ley y el acto o el hecho jurídico juntamente producen los efectos de crear, transmitir, modificar y extinguir las obligaciones y los derechos. El artículo 1419 del Código de 1884, establece la fuerza obligatoria de los contratos y, sin embargo, no basta con la existencia de ese texto legal para que nazca una obligación; este resultado concreto no se produce, sino cuando efectivamente se celebra un contrato. Pero el contrato por sí mismo no podría engendrar la obligación; ésta nace por aplicación de la ley, que atribuye fuerza creadora de obligaciones a los contratos. Así, Marcadé ha podido decir que la obligación proviene: primero, del contrato y de la ley; segundo, del cuasi contrato y de la ley; tercero, del delito y de la ley; cuarto, del cuasi delito y de la ley; y quinto, en fin, de alguna circunstancia distinta de las cuatro anteriores y de la ley, de la ley, que si bien es principio común a las cinco clases de obligaciones, da un nombre especial a la última *[Explication théorique et pratique du Code Napoleón*, t. V, pág. 249].

## SECCION 5ª VARIEDADES DE LOS ACTOS JURIDICOS POR SU FUNCION, SEGUN DUGUIT

48. *La teoría y su crítica.* Este autor distingue tres categorías de actos jurídicos: los actos-reglas, los actos-condiciones y los actos-subjetivos.

Llama actos-reglas a los actos jurídicos que se hacen con la intención de que se produzca una modificación en las reglas de derecho. Tienen exclusivamente el carácter objetivo, puesto que a consecuencia de ellos se produce únicamente una modificación en el dominio del derecho objetivo, sin tocar en manera alguna la situación de uno o de varios individuos determinados. En el derecho privado, los estatutos de una asociación o de una sociedad son ejemplos muy claros de actos-reglas.

Llama acto-condición a todo acto que determina un individuo, de tal manera que una norma jurídica que no le era anteriormente aplicable llega a serle, a todo acto, a consecuencia del cual nace para un individuo un estatuto que no tenía antes. Cita como ejemplos de actos jurídicos de esta especie el reconocimiento de hijo natural, la legitimación, el matrimonio.

El acto-subjetivo es aquel a cuya consecuencia aparece a cargo de un sujeto una obligación especial, concreta, individual, momentánea, que no

había sido creada por el derecho objetivo, que no existiría a cargo de este individuo por la aplicación de una regla cualquiera del derecho objetivo. El tipo por excelencia del acto-subjetivo es el contrato. [Derecho Constitucional, t. I, párrafo 26, págs. 221-223].

Bonnecase critica la distinción establecida por Duguit diciendo que "esta triple distinción no se justifica. Mas exactamente, si se quisiera a toda costa conservar su terminología en la medida de lo posible, diríamos que no hay y que no puede haber allí, bajo el aspecto de la función, sino una sola categoría de actos jurídicos: los actos-condiciones. Es sabido, en efecto, que, para nosotros la función inmediata del acto jurídico y del hecho jurídico se reduce a poner en movimiento una regla de derecho o una institución jurídica... Ahora bien, el acto-condición se reduce esencialmente a esta noción, puesto que su resultado es decidir de la aplicación de una ley determinada a una o varias personas". Y así es, lo mismo en el reconocimiento de hijos naturales, el matrimonio, la legitimación, que en la asociación, la sociedad y el contrato *[Suppl.*, t. II, núm. 450].

## CAPÍTULO QUINTO

### *Técnica legislativa*

49. De esta materia vamos a tratar, con arreglo a lo que se lee en la tesis de doctorado del profesor Manuel Borja Covarrubias y en el dictamen que sobre esa tesis produjo el doctor José Castillo Larrañaga, que entonces era Director de la Facultad de Derecho.

49 *A. Los Códigos antiguos.* El Código Napoleón, en sus diversos libros, reglamenta actos y hechos jurídicos concretos, especialmente el contrato; pero no contiene una teoría general sobre los actos y los hechos jurídicos. Esta teoría, basándose en los textos del Código, ha sido elaborada por Bonnecase *[Supplement*, t. II, núm. 250 et sigs., y 363-368].

El antiguo Código Civil Italiano procede de igual manera que el Código Napoleón. En Italia, los jurisconsultos han elaborado la doctrina general de los actos y de los hechos jurídicos como puede verse en los libros que cito a continuación: Barasi [párrafos 34 y 44], Brugi [párrafos 17 a 27], Coviello [párrafos 97 al 150] y Pacchioni [núms. 186 a 299].

En el Código Civil Portugués no se encuentra teoría general de los actos y de los hechos jurídicos.

Tampoco se encuentra en el Código Civil Español, aunque sí ha sido expuesta por don Felipe Clemente de Diego [tomo II, parte general, páginas 567 a 746].

El Código Civil Argentino sí se ocupa de los hechos y actos jurídicos en su libro segundo, sección segunda, aunque no en sus títulos preliminares.

Los Códigos Civiles Mexicano de 1870 y de 1884 carecen de teoría general sobre los actos y hechos jurídicos.



49 *B. Los Códigos Modernos.* El Código Civil Alemán contiene una parte general muy extensa, en la cual se trata de los actos jurídicos [artículos 104 a 185].

El Código Civil del Brasil imita al Alemán.

El Código Civil Suizo no contiene teoría general de los actos jurídicos, sino que contiene en su artículo séptimo un precepto, según el cual "las disposiciones generales del derecho de las obligaciones relativas a la celebración, a los efectos y a la extinción de los contratos son también aplicables a las otras materias del Derecho Civil". Este precepto ha sido comentado por Rossel y Mentha exponiendo lo bien fundado de él [t. I, núm. 47].

El nuevo Código Civil Italiano de 1941, que entró en vigor el 21 de abril de 1942, no contiene teoría general de los actos jurídicos ni de los hechos jurídicos, sino que, en el libro cuarto, denominado "De las obligaciones", título segundo, "De los contratos en general", se encuentran dos artículos que conviene citar aquí: "Artículo 1321. El contrato es el acuerdo de dos o varias partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial"; y "Artículo 1324. Salvo diversas disposiciones de ley, las normas que regulan los contratos se observarán, en cuanto sean compatibles, para los actos unilaterales entre vivos que tengan contenido patrimonial." En la obra denominada *Codice Civile, Libro delle Obligazioni* [vol. I], dirigido por Mariano D'Amelio y Enrico Finzi, [páginas 285 y 314], comentando dichos artículos, se lee que el primero de ellos debe extenderse por analogía a los otros negocios bilaterales, y el segundo a los unilaterales de contenido no patrimonial. El 27 de septiembre de 1930 Vittorio Scialoja, Presidente de la Comisión Real para la reforma del Código Civil, presentó al Ministro de Justicia y de Negocios del Culto, profesor Alfredo Rocco, el texto definitivo del proyecto de reforma del libro primero de dicho Código. En la introducción a la relación respectiva se lee el párrafo que dice: "El más amplio desenvolvimiento dado a las normas de carácter general en el Código de las Obligaciones y de los Contratos, ha persuadido a la Comisión de la poca conveniencia de introducir en el proyecto una parte general, a semejanza de cualquier Código extranjero, para mantenerlo, por el contrario, en las líneas tradicionalmente fundamentales de los Códigos latinos."

El Código Civil para el Distrito Federal de 1928, en su artículo 1859, contiene un precepto semejante al Código Civil Suizo y al Nuevo Código Civil Italiano. En efecto, el artículo 1859 preceptúa que: "Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos." [La teoría del acto jurídico y del hecho jurídico aplicable a México, como hemos visto, se encuentra en este libro, núms. 35 a 47.]

El Código Civil para el Estado de Morelos, de 27 de septiembre de 1945, en su libro primero, que contiene disposiciones preliminares, destina sus títulos segundo y tercero a reglamentar los hechos y los actos jurídicos,

reglamentación hecha con arreglo al criterio de sus autores los licenciados Rafael Rojina Villegas y José Rivera Pérez Campos, quienes firman la exposición de motivos. Si se analiza el contenido de los artículos que comprenden la reglamentación mencionada, se ve que la gran mayoría de ellos no son sino traducciones de los preceptos que existen, o bien podrían existir, en materia de contratos, tan sólo sustituyendo la palabra contrato por la palabra acto jurídico. Así es que nada se adelanta, pues se llega al mismo resultado con un título preliminar sobre actos jurídicos en general, que con el artículo 1859 de nuestro Código Civil vigente.

49 *C. Los Trabajos de la Comisión de Reformas del Código Civil Francés.* A iniciativa de la Asociación "Henri Capitant", el Gobierno provisional de la República Francesa, por Decreto de 7 de junio de 1945, creó una Comisión encargada de preparar una revisión general del Código Civil. De las discusiones y resoluciones tomadas sobre la teoría general de los actos jurídicos puede, en síntesis, decirse lo siguiente: La opinión general fue en el sentido de que no debía imitarse al Código Alemán con una extensa exposición relativa a los actos jurídicos en el título preliminar. Por una parte se sostuvo la opinión de que el nuevo Código Civil debe tener una parte general relativa a los actos jurídicos, y por otra parte, que debía adoptarse un sistema semejante al del Código Civil Suizo, y dejar la formación de la teoría general de los actos jurídicos para la doctrina y para la escuela. Por fin, después de numerosas sesiones, en la celebrada el 30 de junio de 1948, se adoptó un proyecto de textos relativos a los actos jurídicos, habiéndose acordado antes que esos textos no figuraran en el título preliminar del Código. La lectura del referido proyecto sobre los actos jurídicos, persuade de que si esos artículos estuvieran redactados con relación al contrato, sin dificultad alguna serían aplicables a los demás actos jurídicos con sólo sustituir el concepto contrato por el de acto jurídico; salvo, por supuesto, aquellos casos a los que por su naturaleza no pudieren aplicarse, como el matrimonio, etc.

49 *D. Trabajos de la Asociación Henri Capitant, por la Cultura Jurídica Francesa.* En el Boletín de esta Asociación, tomo I, año de 1945, publicado en 1946, se encuentra la crónica de la reunión del grupo francés de la Asociación, celebrada el 8 de diciembre de 1945, en la que se discutió la cuestión de saber si el Código Civil Francés, en preparación, debería contener una parte general y, en la afirmativa, cómo debería ser ella. En dicha sesión, el profesor Boulanger presentó una exposición de la cuestión indicada, dando una opinión en el sentido de adoptar un principio semejante al artículo 7° del Código Suizo.

49 *E. Conclusión.* Pesando las ventajas de uno y de otro de los dos sistemas expuestos, consideramos mejor el adoptado por nuestro Código Civil de 1928.

## TÍTULO TERCERO

## INEXISTENCIA Y NULIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS

50. *Tabla A*

C. a. 7° G., 4°—C. v. 8.
" " 1664.—C. v. 2236.
" " 1665.
" " 1666.—C. v. 2236.
" " 1667.—C. v. 2237.
" " 1668.—G. 1192 y 1193.—C. v. 1895.
" " 1669.—G. 1192.—C. E. 1305.—C. P. 692.—C. v. 1895.
" " 1670.—G. 1192.—C. E. 1305.—C. v. 1895.
" " 1671.—G. 1193.—C. E. 1306.—C. v. 1895.
" " 1672.—G. 1193.—C. E. 1306.—C. v. 1895.
" " 1673.—G. 1184 (Comentario).
" " 1674.—G. 1186.—C. P. 694.—C. v. 2229.
" " 1675.—G. 1186.—C. v. 2230.
" " 1676.—C. P. 695.—C. v. 2230.
" " 1677.—G. 1187.—C. N. 1338.—C. v. 2233.
" " 1678.—G. 1187.—C. N. 1338.—C. v. 2234.
" " 1679.—G. 1187.—C. N. 1338.—C. v. 2231 y 2234.
" " 1680.—G. 1190 y 1194.—C. v. 2239 y 2240.
" " 1681.—G. 1188.
" " 1682.—G. 1195.—C. v. 2241.

50 *bis. Tabla B*

C. v. 8.—C. a. 7.
" " 2224.—Bonnecase, *Suppl.*, t. III, núms. 79 y 83.
" " 2225.—Bonnecase, *Suppl.*, t. III, núms. 92 *bis* y 109.
" " 2226.—Bonnecase, *Suppl.*, t. III, núms. 83 y 108.
" " 2227.—Bonnecase, *Suppl.*, t. III, núms. 108, 83 y 90.
" " 2228.—Bonnecase, *Suppl.*, t. III, núms. 80, 92 *bis* y 108.
" " 2229.—C. a. 1674.
" " 2230.—C. a. 1664, 1675 y 1676.
" " 2231.—C. a. 1679.
" " 2232.—C. E. 1279.

" " 2233.—C. a. 1677.
" " 2234.—C. a. 1679 y 1678.
" " 2235.—C. Arg. 1065.
" " 2236.—C. a. 1664 y 1666.
" " 2237.—C. a. 1667.
" " 2238.—C. B. 153, en parte.
" " 2239.—C. Arg. 1052.—C. a. 1680.
" " 2240.—C. Arg. 1053.
" " 2241.—C. a. 1682.
" " 2242.—C. Arg. 1051.

50 *ter.* BIBLIOGRAFIA. LAURENT, t. I, núms. 14, 36-70, t. XV, números 450-465, t. XVIII, núms. 526-663; BUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XIV, números 1928-2052; AUBRY et RAU, t. I, págs. 118-123, y t. IV, págs. 245-282; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, t. VI, núms. 280-327; BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis*, t. I, núm. 102 (párrafos 5 a 20); PLANIOL, t. I, núms. 326-349; COLIN et CAPITANT, t. I, núms. 64-68; BONNECASE, *Suppl.*, t. III, núms. 1-111; BONNECASE, *Précis*, t. I, núms. 433-436, y t. II, núms. 252-258; JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*; GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, págs. 140-199; LUTESCO, *Théorie et Pratique des Nullités*, t. I.

## CAPÍTULO PRIMERO

## *Ideas generales*

51. *Actos válidos y no válidos.* "Los actos jurídicos válidos tienen eficacia plena, producen todos los efectos de que son susceptibles. No sucede lo mismo con los actos jurídicos atacados de invalidez. Sin embargo, la suerte de estos actos no puede determinarse con una palabra como la de los actos válidos. Hay en efecto grados en la invalidez" [Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. I, núms. 102-11]. La doctrina ha elaborado sobre esta materia una teoría llamada clásica o tradicional, que es la adoptada por los más reputados civilistas franceses. Recientemente ha sido objeto de rudos ataques, los cuales analiza Bonnecase [*Suppl.*, t. III, núms. 1-111], quien termina adhiriéndose a la teoría clásica, con ciertas reservas.

## CAPÍTULO SEGUNDO

## *Teoría clásica*

### SECCION 1ª NOCIONES DE INEXISTENCIA Y NULIDAD

52. *Inexistencia.* Acto inexistente es el "que no reúne los elementos de hecho que supone su naturaleza o su objeto, y en ausencia de los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia" [Aubry et Rau, t. I, párrafo 7, págs. 118 y 119; Planiol, t. I, núm. 345]. O en otros términos: "El acto inexistente es aquel que no ha podido formarse en razón de la ausencia de un elemento esencial para su existencia. Falta al acto alguna cosa de fundamental, alguna cosa que es, si se puede hablar así, de definición. Semejante acto carece de existencia a los ojos de la ley; es una apariencia sin realidad, la nada. La ley no se ocupa de él. No había, en efecto, por qué organizar la teoría de la nada" [Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. I, números 102-12]. "Hay un elemento que es esencial a todo acto jurídico, cualquiera que sea, es la voluntad del autor o de los autores del acto... La ausencia de voluntad en el autor o en uno de los autores del acto lo hará, pues, inexistente... Los otros elementos esenciales varían según los diversos actos jurídicos... En la venta, el precio es un elemento esencial; una venta hecha sin precio sería inexistente" [Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. I, números 102-12; Colin et Capitant, t. I, núms. 68; Planiol, t. I, núm. 348].



53. *Nulidad.* A diferencia del acto inexistente, el acto nulo reúne las condiciones esenciales para la existencia de todo acto jurídico, pero se encuentra privado de efectos por la ley [Baudry-Lacantinerie, *Précis*, tomo I, núms. 102-14; Planiol, t. I, núms. 326].

### SECCION 2ª NULIDAD ABSOLUTA Y NULIDAD RELATIVA

54. *Subdivisión.* La nulidad se subdivide en nulidad absoluta y nulidad relativa [Aubry et Rau, t. I, párrafo 37, pág. 121; Colin et Capitant, t. I, núm. 66]; en otros términos, los actos nulos se subdividen en actos nulos de pleno derecho y actos anulables [Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. I, números 112-5; Planiol, t. I, núm. 335].

55. *Naturaleza de ambas nulidades.* La nulidad absoluta es la que ataca a los actos que se ejecutan materialmente en contravención a un mandato o a una prohibición de una ley imperativa o prohibitiva, es decir, de orden público [Aubry et Rau, t. I, párrafo 37, pág. 118; Colin et Capitant, t. I, núms. 64 y 66; Planiol, t. I, núm. 336]. Tales son los contratos que tienen por objeto un acto ilícito. La nulidad relativa es una medida de protección que la ley establece a favor de personas determinadas, por ejemplo, los incapaces [Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. I, núms. 102-17; Planiol, t. I, núm. 341; Colin et Capitant, t. I, núms. 64 et 67].

### SECCION 3ª COMPARACION ENTRE LOS ACTOS INEXISTENTES, NULOS Y ANULABLES

#### I. EFECTOS E INTERVENCIÓN DEL JUEZ

56. *Acto inexistente.* "El acto inexistente no puede producir ningún efecto. ¿Cómo de la nada podría salir alguna cosa? Así es aun antes de

toda intervención de la justicia para comprobar la inexistencia del acto" [Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. I, núms. 102-13; véase Aubry et Rau, t. I, párrafo 37, pág. 119]. "No hay que hacer intervenir a la justicia para invalidar un acto inexistente... No se anula la nada, como no se puede matar a un muerto. Sin duda, si hay controversia entre dos particulares sobre el punto de saber si un acto jurídico existe o no existe, la justicia intervendrá para resolver la diferencia, puesto que ninguno puede hacerse justicia por sí mismo; pero se limitará a reconocer, a comprobar la inexistencia del acto; no se concebiría que lo anulase" [Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. I, núms. 102-13; Planiol, t. I, núm. 349. Nota].

57. *Acto nulo.* No hay momento alguno en el que los efectos del acto nulo de pleno derecho puedan producirse [Planiol, t. I, núm. 339], y "no hay necesidad de ejercitar, propiamente hablando, una acción de nulidad... Sin embargo, si una controversia se suscita sobre la validez del acto, de manera que la nulidad se ponga en duda, será necesario litigar, porque ninguno puede hacerse justicia a sí mismo; pero el juez se limitará a comprobar la nulidad, no tendrá que decretarla" [Planiol, t. I, núm. 338].

58. *Acto anulable.* El acto jurídico anulable, en tanto que no ha sido anulado por una decisión judicial, produce sus efectos. Y, sin embargo, esos efectos no se producen sino provisionalmente, porque la sentencia judicial que pronuncie la nulidad obrará con efecto retroactivo al día del acto y, por consiguiente, todos los efectos producidos se considerarán como no efectuados. Así, pues, el juez debe necesariamente intervenir para pronunciar la nulidad del acto anulable [Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. I, números 102-19; Planiol, t. I, núms. 343 y 342].

59. *Opiniones diversas.* En sentido diverso de lo expuesto, Colin y Capitant no encuentran diferencia substancial en el modo de intervención del juez, ya se trate de actos inexistentes, nulos o anulables [Colin et Capitant, t. I, núms. 66-68], y Aubry et Rau dicen: "Los actos afectados de nulidad quedan eficaces en tanto que la anulación no se ha pronunciado por el juez. Toda nulidad, debe, por regla general, pronunciarse por sentencia. A este respecto, no ha lugar a distinguir entre los casos en que la ley se limita a abrir contra un acto una acción de nulidad y aquellos en que declara ella misma la nulidad, sea de una manera pura y simple, sea con adición de las palabras de derecho o de pleno derecho" [t. I, párrafo 37, pág. 122].

## II. Personas que pueden prevalerse de la invalidez

60. *Inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa.*

*a)* "No estando ninguno obligado a reconocer la nada, toda persona tiene derecho de prevalerse cuando lo necesite de la inexistencia de un



acto jurídico que se le opone" [Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. I, números 102-13; Planiol, t. I, núm. 349. Nota].

*b)* La nulidad absoluta también puede invocarse por todo interesado [Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. I, núms. 102-16; Planiol, t. I, núm. 339; Colin et Capitant, t. I, núm. 66; Aubry et Rau, t. I, párrafo 37, pág. 121].

*c)* La nulidad relativa sólo puede invocarse por las personas en interés de las cuales la establece la ley [Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. I, núms. 102-19; Planiol, t. I, núm. 343; Aubry et Rau, t. I, párrafo 37, pág. 121; Colin et Capitant, t. I, núm. 67].

## III. Confirmación y prescripción

61. *Inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa.*

*a)* Los actos inexistentes no pueden hacerse válidos por una confirmación ni por la prescripción [Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. I, núms. 102-13; Aubry et Rau, t. I, párrafo 37, pág. 119; Planiol, t. I, núm. 349. Nota y 339].

*b)* Tampoco puede borrarse la nulidad absoluta por confirmación o por prescripción [Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. I, núm. 102-16; Planiol, t. I, núm. 39; Colin et Capitant, t. I, núm. 66].

*c)* La nulidad relativa es susceptible de borrarse retroactivamente por la confirmación del acto, emanada de aquel o de aquellos que tenga la acción de nulidad, es decir, por la renuncia de esta acción y por la prescripción [Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. I, núm. 102-19; Planiol, t. I, núm. 343; Colin et Capitant, t. I, núm. 57].

Aubry et Rau opinan en sentido diverso cuando dicen, hablando en general: "Las nulidades son, bajo ciertas limitaciones que se explicarán en los párrafos 337 y 339, susceptibles de cubrirse por la confirmación y la prescripción" [Aubry et Rau, t. I, párrafo 37, página 123; Bonnecase, *Suppl.*, t. III, núm. 8].

## IV. Confusión de lenguaje

62. *Diversas acepciones de los palabras inexistente, nulo y anulable.* A este respecto dice Planiol lo que sigue: "Laurent, que ha consagrado a esta materia largos desarrollos [t. XV, núms. 450 a 465; t. II, págs. 341 a 355, págs. 430-477; t. XXII, núms. 391-392], toma la palabra nulo como sinónimo de anulable, y reserva estas dos expresiones a los actos anulables por sentencia a consecuencia de una acción de nulidad; después aplica el término de actos inexistentes a los que son anulados de pleno derecho por la ley. Otros hacen una diferencia entre nulo y anulable: el acto es nulo cuando la ley misma lo priva de efectos sin que haya necesidad de hacerlo anular por sentencia; es anulable cuando es necesaria una sentencia

del juez para destruirla. A este sistema se adhieren Demolombe y Colmet de Santerre. Pero estos autores confunden intencionalmente la inexistencia y la nulidad de pleno derecho" [Planiol, t. I, núm. 333]. Bufnoir cree "que no hay que distinguir entre un acto radicalmente nulo o un acto inexistente, es en el fondo la misma cosa" *[Propriété et contrat*, pág. 648]. Barde prefiere emplear las expresiones acto inexistente y acto anulable. El contrato es inexistente dice, cuando carece de uno de los elementos esenciales para su formación o cuando se ha celebrado violando una prescripción o una prohibición legal fundada sobre motivos de orden público. Y se debe considerar que hacen al contrato anulable los vicios del consentimiento, la lesión y la incapacidad. No cree deber distinguir la nulidad de pleno derecho y la inexistencia, sino que la primera entra en la segunda; la situación jurídica es la misma en las dos hipótesis [Baudry-Lacantinerie et Barde, *ob. cit.*, t. XIV, núms. 1929-1931].

## CAPÍTULO TERCERO

### *Nuevo movimiento de ideas*

63. *Introducción.* La teoría clásica ha sido atacada, como hace notar Bonnecase, por jóvenes civilistas, en tesis de doctorado, cuyas ideas fundamentales expone el mismo autor [t. III, núms. I a 111]. Nosotros, para dar una idea somera del movimiento adverso al sistema clásico de las nulidades, nos concretaremos a transcribir algunos párrafos de la tesis de René Japiot, escrita bajo este rubro: *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, y dar una ligera noticia de la de Piedelievre, intitulada: *Des effets produits par les actes nulles. Essai d'une théorie d'ensamble.*

## SECCION 1ª TESIS DE JAPIOT

64. I. *Prefacio.* "El sistema clásico no puede funcionar de una manera integral y satisfactoria, porque no tiene en cuenta la complexidad de las relaciones de hecho y las necesidades prácticas [pág. 156]. Este sistema, fundado en el reparto de las nulidades en dos categorías, la de las inexistencias y la de las nulidades relativas, resuelve en *block* las cuestiones que se propone resolver, o sean: en qué casos es necesario intentar una acción de nulidad, qué personas pueden invocar la nulidad y en qué casos puede haber confirmación y prescripción [pág. 7]... Una teoría nueva examinaría separadamente cada una de las grandes cuestiones, o, más exactamente, cada una de las cuestiones especiales en las que se analizan esas grandes cuestiones, en realidad complexas, a las cuales la teoría clásica ha dado una simplicidad puramente artificial, y para cada uno de esos problemas de órdenes tan diversos, determinaría el procedimiento de solución que parecería adaptarse de una manera más rigurosa a sus elementos propios, a reserva de relacionar en seguida estas soluciones particulares para descubrir las leyes generales cuya existencia revelaran. Este trabajo es indispensable. En razón, no se ve por qué las diversas cuestiones han de ser solidarias, por qué, por ejemplo, declarándose *a priori* inseparables las cuestiones de confirmación y de extensión de la nulidad, el derecho por una parte de renunciar a invocar la nulidad en tal hipótesis concreta contra tal persona determinada dependería del número más o menos considerable de individuos que podrían prevalerse de la nulidad; las soluciones de la teoría clásica son demasiado absolutas [págs. 8 y 9]... Pero, como la rigidez de la teoría clásica no responde a las exigencias tan variadas de las especies concretas en presencia de las cuales se encuentra la práctica, es a propósito de cuestiones más particulares donde el interés de nuestra materia revela de una manera más palpable su carácter de actualidad. Que se tome al azar cualquier materia especial del derecho privado donde pueda intervenir la nulidad de un acto jurídico; que se consulten las obras especiales, que se interrogue a los especialistas: se comprobará casi seguramente que las soluciones admitidas en la materia, por aplicación de la teoría general de las nulidades actualmente dominante, son combatidas con energía..." [página 9].



65. II. *La idea del fin.* "La nulidad es una sanción; no tiene por utilidad y por razón de ser sino asegurar la observancia de la regla que sanciona, y, si la regla es violada, debe reparar del mejor modo posible esta violación, preservando contra las consecuencias de ella los intereses que la regla violada estaba destinada a proteger. Por esto, únicamente hay actos nulos. De aquí resulta necesariamente que, en lugar de organizar la nulidad para ella misma, siguiendo el procedimiento del sistema clásico, en lugar de hacer una teoría de los actos nulos como se ha hecho una teoría de los actos que entran en un molde particular, actos solemnes o actos de última voluntad, por ejemplo, es necesario reglamentar los actos nulos de una manera esencialmente subordinada al carácter, de sanción, que es el de la nulidad. No hay que considerar la nulidad sino como un accesorio de las reglas jurídicas. Estas reglas son las que es necesario estudiar; es preciso analizar atentamente el mal y sus causas, a fin de conocer el remedio que se debe emplear, a fin de poder redactar la fórmula exacta de los elementos que lo deben componer. Hay que descubrir íntimamente el fin de estas reglas y sus razones de ser; es necesario preguntarse qué es lo que el legislador ha querido y por qué lo ha querido, cuáles son los intereses cuya defensa ha tenido en vista; se deben buscar los peligros que el legislador ha querido evitar, su origen, sus diversos modos de manifestación, su gravedad, su duración... Guiado por estas consideraciones, se descubrirán las formas especiales que deben revestir las nulidades, las reglamentaciones particulares que deberán recibir, a fin de modelarse y

adaptarse del modo más estrecho a las reglas que sancionan. Muy diversos son los fines hacia los cuales tienden estas reglas: para ajustarlas a ellos lo más posible, la nulidad misma deberá plegarse a esa diversidad. Organizada sobre esta base, la nulidad, dando a las reglas jurídicas su máximo de firmeza por una garantía de ejecución tan segura como es posible, llenará de la manera más completa el papel tan importante que desempeña en el derecho" [págs. 166 y 167].

66. III. *El medio.* "Por esencial que sea, la consideración del fin de la regla, no debe intervenir sola: nos guardaremos de aislar este fin de los hechos prácticos que es necesario penetrar en cierto modo para alcanzarlo [pág. 168]... De hecho, el acto, por nulo que sea, podrá tener una existencia aparente que en vano la teoría pretendía desconocer: habrá alguna cosa, no será la nada [pág. 169]... El acto nulo aparecerá regularmente celebrado; los consentimientos se habrá cambiado, sin que en las palabras y en la manera de ser de los contratantes nada haya que parezca anormal; un escrito que parece regular se habrá redactado por las partes [pág. 171]... Ahora bien, por el solo hecho de su otorgamiento, un acto jurídico puede tener una importancia práctica muy real [pág. 171]... Los signos materiales de la existencia de un acto no son solamente los hechos de su otorgamiento: son también los hechos de ejecución. Los hechos de ejecución simbolizan menos directamente todo el acto jurídico del que proceden: la entrega de la cosa vendida, no es toda la venta [pág. 173]... Pero aquí la apariencia, por su precisión misma, gana en intensidad lo que pierde en extensión [pág. 173]... Es aquí sobre todo donde ella se opone a la noción de la nada: la ejecución da al acto, por nulo que sea, cierta existencia, la cual se necesita jurídicamente tener en cuenta [pág. 174]... la ejecución parcial puede hacer presumir la existencia de su causa, el otorgamiento regular y la validez del acto en su conjunto; la presunción será justa sobre todo si estos hechos de ejecución se repiten, procediendo de un acto originario que debe prolongar en el tiempo sus consecuencias, que permite cierta duración de ejecución, un contrato sucesivo que se ejecuta poco a poco, una constitución de sociedad que crea un órgano durable, destinado a vivir una vida afirmada por la ejecución de actos jurídicos [pág. 175]... Hay conciliaciones indispensables, que la equidad impone, sin implicar, sin embargo, lo arbitrario. Hay intereses en lucha, entre los cuales no podría uno justamente decidir sin inspirarse en esta dirección que se conoce con el nombre de principio del equilibrio de los intereses en presencia. Frente a los intereses de la persona más especialmente protegida por la nulidad, hay los intereses respetables de otra persona, los intereses generales de los terceros, los intereses de la sociedad; hay las necesidades del crédito... hay la seguridad y la certidumbre necesarias, que protestan contra las perturbaciones causadas en las posesiones y las situaciones de hecho por las nulidades y sus repercusiones, que exigen que uno sepa a qué atenerse sobre la validez o la no validez de un acto, sobre la anulación



o la confirmación, y que requieren a veces una organización de la nulidad inspirada en consideraciones distintas del solo interés y de las solas comodidades de la persona protegida. Todos estos elementos, cuyo conjunto forma el medio donde la nulidad está llamada a obrar, desempeñarán su papel en nuestra teoría, que se mantendrá así más cerca de los hechos y tendrá más probabilidad de adaptarse a las necesidades prácticas" [páginas 176 y 177].

67. IV. *Las causas de nulidad.* "Nuestra conclusión es doble: por una parte, la oposición de la inexistencia y de la nulidad no es un hecho objetivo; no se impone *a priori;* la teoría no puede escogerla como punto de partida y debe tener otra base; por otra parte, es posible, para precisar los detalles y la aplicación de la teoría general de las nulidades, establecer ciertas clasificaciones de los vicios según el punto de vista de la opinión tradicional" [pág. 269].

68. V. *La naturaleza de la nulidad.* "En la teoría clásica la nulidad es considerada como cierto estado del acto [pág. 271]... El acto, tomado en sí mismo, prácticamente no existe. Lo que existe realmente, son efectos jurídicos. La única forma bajo la cual puede objetivamente existir una diferencia entre un estado de validez y un estado de invalidez, es que, en el primer caso habrá entera producción de efectos, y, en el segundo, ausencia de un mayor o menor número de efectos [pág. 275]... A la concepción clásica según la cual la nulidad consiste en un estado del acto considerado en sí, proponemos substituirla por otra: la de un derecho de crítica dirigido contra los efectos del acto. Esta concepción se analiza en dos elementos que sucesivamente determinaremos de una manera más completa [página 284]: I. La ley declara un acto nulo a fin de que las personas, alguna solamente o mayor número o toda la sociedad que componen, no estén desarmadas contra las consecuencias de este acto, sino que tengan al contrario el derecho de prevenirlas o de suprimirlas [pág. 285]... En sí, la nulidad aun la del pleno derecho no es nada si no se invoca [pág. 286]... II. Tal es el derecho. Cuál es el objeto de él, aquí es donde interviene la segunda parte de nuestra fórmula: derecho de crítica, hemos dicho, dirigido contra las consecuencia del acto [pág. 293]... La vida plena y entera del acto, prácticamente, no puede consistir más que en la realización plena y entera de sus efectos: efectos normales del acto, que han sido especial y directamente queridos por las partes o que naturalmente están unidos al acto por la fuerza de las cosas o por determinación de la ley. La invalidez prácticamente no puede manifestarse sino por una ausencia de efectos [pág. 294]... Desde que una sola de estas consecuencias normales falta, hay por esto mismo ineficacia: muy limitada aquí en su objeto. La ineficacia aumentará de extensión a medida que aumente el número de efectos suprimidos; pero no cambiará por eso de naturaleza: por mucho que los efectos sean suprimidos, podrá haber una ineficacia muy grande o aun

completa, pero será siempre una ineficacia. Y sobre este punto estamos de acuerdo para reconocer con M. Drogoul la unidad de la noción de nulidad: para nosotros, todas las nulidades anulabilidades relativas o absolutas, nulidades absolutas, de pleno derecho, de derecho público o de derecho privado, inexistencias y aun inoponibilidades, todas son igualmente ineficacias [pág. 295]... Esta noción de la nulidad que hiere las consecuencias del acto se recomienda por razones análogas a las que precedentemente nos han aconsejado adoptar la noción de la nulidad derecho de crítica: ella es inseparable de la idea de divisibilidad de la nulidad, divisibilidad que hoy en día es relativa a las consecuencias del acto: la nulidad de tal efecto de un acto no exige la nulidad de todos los otros" [pág. 296].

69. VI. *Conclusión.* "Todo concurre, por lo tanto, a descartar el procedimiento de soluciones en *block* practicado por la doctrina clásica; todo concurre a recomendar una teoría más especializada: esta especialidad, aunque a primera vista parezca paradójica es en cierta manera el rescate de la generalidad de nuestra teoría, porque ella se impone por la extensión misma de los intereses que queremos tener en cuenta; para establecer esta teoría más especializada, un solo procedimiento es posible: el de las soluciones distintas para cada cuestión" [pág. 365].

## SECCION 2ª TESIS DE PIEDELIEVRE

70. *Ideas principales.* He aquí las ideas principales de esta tesis, según la noticia que sobre ella dan Paul Lerebours-Pigeonnière y René Demogue en la *Revista Trimestral de Derecho Civil,* del año de 1911 [pág. 772]: "Este importante trabajo, que revela preciosas cualidades, examina en su primera parte los casos en los cuales no se aplica el principio *quod nullum est nullum producit effectum.* El autor los ha agrupado con mucho método y dando prueba de perspicacia. Nota desde luego que en ciertos casos unos actos nulos producen efectos de orden secundario... cuando un documento auténtico, nulo como tal, vale como escrito privado... En otros casos, actos jurídicos nulos producen todos sus efectos durante cierto tiempo; hay dos ejemplos muy conocidos: el matrimonio putativo y la sociedad de hecho. En fin, en ciertas hipótesis, actos nulos desarrollan todos sus efectos. Esto es lo que la jurisprudencia ha admitido para las enajenaciones consentidas por los prestanombres de congregaciones no autorizadas, para los actos celebrados por el heredero aparente. Esta exposición metódica tiene por fin principal preparar la segunda parte que es un ensayo de sistematización y que forma el punto capital de la obra. El hecho que un acto sea inexistente, no le impide, según M. Piedelievre, producir ciertos efectos. Sin embargo, buscando cuál es el mínimum de base necesario para que de un acto herido de nulidad subsista alguna cosa, no cree posible llegar a un criterio muy preciso; habla él mismo de simple tendencia de espíritu y estima



que desde que hay más que nada, el acto puede producir ciertas consecuencias. Dicho esto, M. Piedelievre busca precisar y examinar el medio en el cual los actos nulos pueden sobrevivir más fácilmente en algunos de sus efectos. Este terreno de cultura más favorable, lo descubre ahí donde hay decadencia del formalismo, donde el principio de la autonomía de la voluntad tiene una gran aceptación, donde se admite que un acto puede ser complejo por su naturaleza, y en donde se considera que la nulidad se dirige no contra el acto mismo, sino contra las consecuencias del acto. Con mucho espíritu de observación profunda, nos muestra esta serie de circunstancias favorables al mantenimiento de los efectos del acto. Después de haber examinado si las consecuencias del acto que sobreviven a la nulidad deben ser consideradas como consecuencias de hecho o como consecuencias propiamente jurídicas, vemos en fin que el fundamento general de los efectos producidos por los actos nulos no es único, sino que la buena fe, la idea de responsabilidad, la de apariencia explican según los casos las supervivencias que se producen."

## CAPÍTULO CUARTO

### *Teoría de Bonnecase*

71. *Sus conceptos fundamentales.* Este autor [t. III, núms. 1 a 111] adopta la teoría clásica, pero con ciertas reservas, a las que no es extraño el nuevo movimiento de ideas. Para dar a conocer la opinión de Bonnecase transcribo a continuación los fragmentos de su obra en los que están contenidos los conceptos fundamentales. "Los civilistas representativos de la ciencia del derecho civil en el siglo XIX y en la época contemporánea, a excepción de Saleilles y de su escuela, jamás han puesto en duda la necesidad de la sistematización jurídica en todas las materias. Nos remitimos sobre este punto a los desarrollos que en nuestro tomo I [núms. 526 y siguientes, núms. 402 y siguientes] hemos consagrado al papel de las nociones fundamentales y a sus clasificaciones. Además de que la opinión contraria es la negación misma de la ciencia, ella conduciría a abandonar los intereses más considerables al arbitrio del juez, o, más exactamente, a sus impresiones de audiencia y a su temperamento. Es por consiguiente inútil insistir sobre lo bien fundado de la teoría tradicional con relación a la técnica jurídica general. Ahí donde la escuela de Saleilles encontraba motivos de crítica, nosotros vemos un homenaje que hay que rendir a la escuela de la exégesis, más especialmente encarnada en este caso por Aubry et Rau, Demolombe y Laurent. Las líneas armónicas de la teoría tradicional, como lo veremos, han traducido y organizado la realidad; en un dominio particular han permitido admirablemente alcanzar los fines del derecho [núm. 48]... En cuanto a nosotros, estimamos, reservándonos establecer ulteriormente la exactitud de estos dos términos, que sólo deben emplearse

las palabras: inexistencia de una parte, nulidad de la otra. Sin duda, en el seno de la nulidad, hay que hacer precisiones y distinciones; pero conforme a la teoría clásica, nuestro punto de partida es que la nulidad se opone a la inexistencia y que estas dos nociones dominan toda la materia [núm. 50]... es necesario tomar la teoría de la inexistencia y de la nulidad en sí misma, abstracción hecha hasta donde se pueda, de toda vista histórica. Este método consiste en hacer prevalecer lo que nosotros llamamos el punto de vista orgánico sobre el punto de vista histórico. ¿Qué hay que entender por el punto de vista orgánico? Simplemente el examen de la naturaleza de las cosas tal como se presenta ante nosotros en su estado actual [número 52]... El gran error de ciertos partidarios de la doctrina clásica ha sido identificar la inexistencia y la nulidad absoluta. Los adversarios de aquí han sacado partido en favor de su tesis [núm. 71]... nosotros diremos que un acto jurídico es inexistente cuando le falta uno o varios de sus elementos orgánicos, o quizá más exactamente, específicos [núm. 78]... Estos elementos son de dos clases: elementos de orden psicológico y elementos de orden material... En la base de este acto se encuentra, en efecto: 1°, una manifestación de voluntad; 2°, un objeto; 3°, según los casos, un elemento formalista. El primero de estos elementos es psicológico; los otros dos son materiales. Que uno de estos elementos falte, el acto será inexistente [Código de 1928, art. 2224] puesto que está desprovisto de un elemento orgánico o específico [número 79]... Precisaremos, simplemente, que si la forma solemne no es por naturaleza un elemento esencial del acto jurídico, puede ser elevada a esta dignidad por el juego de la técnica jurídica cuidadosa de adaptar el acto jurídico a su fin [núm. 80]... ponemos como regla exclusiva de toda excepción, que el acto jurídico inexistente no engendra, en su calidad de acto jurídico, ningún efecto, cualquiera que sea [Código de 1928, art. 2224]. No es susceptible de valer por confirmación ni por prescripción [Código de 1928, artículo 2224]. Siendo el acto inexistente símbolo de la nada, se comprende que no puede ser el objeto de una confirmación ni el beneficiario de una prescripción extintiva que haga desaparecer con el tiempo el vicio de que está manchado. En consecuencia, todo interesado, cualquiera que sea, tiene derecho de prevalerse de la inexistencia de un acto jurídico [Código de 1928, art. 2224]; por otra parte, no tiene que preocuparse de llevar este acto ante los tribunales para obtener de cualquier manera su condenación; no se condena a la nada... si, eventualmente, el acto jurídico inexistente se invoca en juicio, el tribunal no puede sino registrar su inexistencia; además, ésta nunca será lógicamente demandada por vía de acción, sino opuesta por vía de excepción... Cuando hemos enunciado el alcance práctico de la noción de inexistencia y la hemos traído a la ausencia rigurosa de todo efecto, hemos tenido cuidado de precisar que el acto jurídico inexistente estaba en la imposibilidad absoluta de engendrar, como acto jurídico, una consecuencia cualquiera. Pero nos hemos guardado bien de sostener que hechos materiales a los que se rehusaría la calificación de actos jurídicos no pudiesen producir un efecto de



derecho. El que ha vendido una casa después de que había sido destruida por un incendio no ha hecho un contrato de venta, o más bien, este contrato es un acto jurídico inexistente por falta de objeto. Pero si el vendedor de la casa destruida es culpable de un fraude con respecto al comprador y si le ha ocasionado un perjuicio impidiéndole, por ejemplo, adquirir otra casa que se le ofrecía, este vendedor, decimos, es, a consecuencia de sus manejos materiales, responsable respecto de su pretendido comprador. Pero parece que nadie tendrá la idea de pretender que estos daños son debidos en virtud de un acto jurídico. Sin embargo, es lo que han sostenido algunos autores... Mencionemos, sin embargo, en una palabra, que mientras que el acto jurídico inexistente no es susceptible en ningún caso de engendrar como acto jurídico un efecto de derecho cualquiera que sea, sucede de otra manera con el acto nulo aun atacado de nulidad absoluta [Código de 1928, artículos 2226 y 2227], por la buena y sola razón que este acto es una realidad mientras que no ha sido destruido por una decisión judicial. En su estudio precitado: "De los intereses de la distinción, entre la inexistencia y la nulidad de orden público", *Revista Trimestral de Derecho Civil*, 1914, pág. 61, M. Cohendy, excelentemente, ha puesto este punto de relieve [número 83]... En nuestra concepción o, más exactamente, en la doctrina clásica, la suerte de la noción de inexistencia de los actos jurídicos no está en manera alguna ligada a la consagración expresa de ésta por textos del Código Civil. Esta noción domina los textos más bien que estarles subordinada [núm. 83 *bis*]... Desde el momento en que ha nacido a la vida jurídica un acto, por imperfecto que sea, efectúa, en tanto que no es destruido, la función de un acto regular [Código de 1928, arts. 2226 y 2227]. Aunque en seguida se anule por una decisión judicial, no será menos cierto que ha constituido en la vida social un centro jurídico alrededor del cual han podido ligarse múltiples intereses. ¿Es de su esencia que, desapareciendo, todo muere con él? Nada lo exige. La idea de retroactividad no está, de modo absoluto, ligada a la noción clásica de nulidad [Código de 1928, art. 2227]. La estabilidad social, unida a la comprobación de la existencia temporal del acto, ordena que el equilibrio de los intereses sea salvaguardado; este resultado no se obtendrá en numerosas hipótesis, sino por el mantenimiento de los efectos del acto anulado [Código de 1928, art. 2227]. Que se haga intervenir en esta ocasión la idea de buena fe o cualquiera otra, es perfectamente plausible. Pero la explicación no vale sino como reposando previamente sobre la idea de que la nulidad de un acto no impide su existencia [núm. 90]... La nulidad de un acto se reconoce en que uno de sus elementos orgánicos: voluntad, objeto, forma, se ha realizado imperfectamente [Código de 1928, art. 2228], o también en que el fin que perseguían los autores del acto está, sea directa o expresamente, condenado por la ley, sea implícitamente prohibido por ella porque contraría al buen orden social [Código de 1928, art. 2225]. No creemos insistir demasiado sobre los dos aspectos que es susceptible de presentar, desde el punto de vista orgánico, la nulidad de un acto jurídico; ésta es ya

una especie de vicio de conformación de sus elementos orgánicos, es, en otros términos, interna; ya encuentra su origen fuera del acto, en el medio social que reacciona sobre el acto, entonces es externa. En una y otra hipótesis, como se ve, la nulidad se separa de la manera más radical y más absoluta, de la inexistencia. Si insistimos tanto sobre este punto, es porque verdaderamente los adversarios de la doctrina clásica han desconocido demasiado la realidad de las cosas, negando la inexistencia directamente o tratando de absorberla en la noción de nulidad [núm. 92 *bis*]... Conviene, en la materia de las diversas clasificaciones de las nulidades, comenzar por hacer justicia a la distinción de nulidades de interés general y nulidades de interés privado. En su obra célebre: *Teoría sobre la nulidad de los convenios y de los actos de todo género en materia civil*, 1835, Solón pone ya de relieve la idea, tan a menudo perdida de vista después por los civilistas, que toda nulidad se inspira en el interés general y tiene por fin protegerlo [núm. 93]... Hemos visto que la doctrina clásica da una importancia capital a la distinción de las nulidades absolutas y de las nulidades relativas... por oposición a la nulidad relativa, la nulidad absoluta reposa sobre la violación de una regla de orden público, priva al acto de todo efecto, puede invocarse por cualquier interesado, no es susceptible de desaparecer ni por confirmación ni por prescripción [Código de 1928, art. 2226]. Las nulidades absolutas y las nulidades relativas coinciden en que, una vez pronunciadas, el acto que era atacado es integral y retroactivamente destruido [núm. 105]... ¿La distinción de la nulidad absoluta y de la nulidad relativa debe ser en lo sucesivo abandonada? De ninguna manera, porque reposa en el estado actual de la técnica jurídica que, en el caso, además, traduce la realidad de las cosas. Solamente se trata de definir muy exactamente el alcance de esta distinción. Sin razón se ha ligado demasiado la noción de nulidad relativa a la limitación de las personas que pueden prevalerse de la nulidad [Código de 1928, art. 2227] al mismo tiempo que a la violación de las reglas sobre la incapacidad de las personas o los vicios de consentimiento [Código de 1928, art. 2228]. La noción de nulidad relativa es más extensa [Código de 1928, art. 2227]. Ampliando este principio no contrariamos en nada, a pesar de las apariencias contrarias, la doctrina clásica, lejos de ello, aceptamos la noción de nulidad absoluta tal como ella la enseña, a saber: que una nulidad de esta naturaleza puede ser invocada por todos los interesados, que no desaparecería ni por la confirmación ni por la prescripción, que una vez pronunciada por sentencia no deja ningún efecto detrás de ella [Código de 1928, art. 2226]. Nada más que sacamos de esta noción, aplicada de una manera integral, su consecuencia lógica: es relativa toda nulidad que no corresponde rigurosamente a la noción de nulidad absoluta así enunciada [Código de 1928, art. 2227]. Este punto de partida conduce a hacer colocar en la categoría de las nulidades relativas, nulidades clasificadas tradicionalmente entre las nulidades absolutas; de esta manera evitamos especialmente una contradicción cierta o una explicación arbitraria [núm. 108]... La teoría que presentamos



respecto de la distinción de la nulidad absoluta y de la nulidad relativa tiene por resultado, gracias a su conformidad con los hechos y a su claridad, poner fin a discusiones, sobre todo doctrinales, que se han suscitado relativamente a la calificación de los efectos que sobreviven a la anulación de un acto [Código de 1928, artículo 2227] y a la conciliación de sus efectos con la regla: *Quod nullum est, nullum producit effectum*... Hemos establecido largamente que, por oposición a la noción de inexistencia de fondo cuando menos, la nulidad era la resultante de la voluntad del legislador, inspirándose en la especie de las necesidades y de las aspiraciones del medio social. Libre de establecer una nulidad, el legislador es con mayor razón todopoderoso para fijarle los límites. Esta es toda la significación de la fórmula: *Quod nullum est*... Un acto nulo está destinado a ser condenado un día u otro por una decisión judicial y, por consecuencia, a quedar finalmente ineficaz; pero no es nulo, y, por lo tanto, no será ineficaz, sino en la medida fijada por la ley [Código de 1928, art. 2225]. Pertenece a los tribunales decidir en cada caso si se está en presencia de una nulidad absoluta o de una nulidad relativa en el sentido en que las hemos definido y, en esta última hipótesis, sobre qué relación la nulidad es relativa: qué personas pueden prevalerse de ella, condiciones de la confirmación posible, duración de la prescripción, consecuencias destinadas a subsistir a pesar de la anulación" [núm. 109].

## CAPÍTULO QUINTO

### *Nuestros Códigos Civiles*

### SECCION 1ª CODIGO DE 1884

72. ***La noción de inexistencia.*** En este Código no encontramos la palabra inexistencia. Sin embargo, tenemos que admitir que la noción misma sí existe, porque como lo demuestra Bonnecase, está en la naturaleza de las cosas.

73. *Precepto general sobre nulidad.* El artículo 7º [que tiene por origen el art. 4º del *Proyecto de Código Español* comentado por García Goyena] establece el principio de que: "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas serán nulos", agregando, "si las mismas leyes no disponen otra cosa", y en el artículo anterior emplea como sinónimos los términos "Leyes prohibitivas o de interés público".

No dice el precepto si la nulidad a que se refiere es absoluta o relativa. Castán Tobeñas dice: "A la nulidad de pleno derecho se refiere el artículo 4º, según el cual son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley" [t. II, pág. 630]. Planiol considera que lo normal es la nulidad de pleno derecho [t. I, núm. 337]. Pero Valverde dice: "Por lo demás,

insistimos en la afirmación que hacíamos antes, o sea, que en la aplicación que hace el Código Civil de su criterio a la nulidad de los actos que regula, se nota una variabilidad tan grande, que se hace necesario consultar sus disposiciones en cada caso, por lo que nosotros trataremos en los lugares oportunos y a medida que estudiemos cada relación jurídica en particular, la nulidad de cada acto con la detención que merezca" [t. I, pág. 515]. Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade se expresan así: "Hay que investigar cuál es la especie de nulidad que corresponde al fin que se ha propuesto el legislador, según la economía general de la Ley de que se trate" [t. I, núm. 271]. Esto es lo cierto a mi juicio [véase núm. 179 del presente libro].

74. *Preceptos especiales sobre nulidad.* El Código de 1884 no dicta más reglas sobre nulidad de los actos jurídicos en general, aun que sí contiene un capítulo cuyo rubro es "De la nulidad de las obligaciones", en el que se encuentran diferentes preceptos sobre nulidad de contratos, que pueden aplicarse a los demás actos jurídicos. Considera como contratos anulables aquellos en que hay incapacidad de algún contratante o existe error o intimidación [arts. 1664, 1666, 1667, 1675 a 1678]. Así como a los contratos en los que falta forma o solemnidad [art. 1679]. Se refiere a los contratos cuyo objeto es un delito, falta o hecho inmoral en términos que analizaremos oportunamente. En el mismo capítulo encontramos los principios siguientes: "Artículo 1673. La excepción de nulidad de un contrato es perpetua." "Artículo 1674. La acción y la excepción de nulidad competen a las partes principales y a sus fiadores; exceptuándose aquellos casos en que la ley dispone expresamente otra cosa." "Artículo 1680. Declarada la nulidad del contrato, cada uno de los contratantes, recobrará la cosa que hubiere prestado con sus frutos, o el valor de éstos, y el que aquella tenía cuando se perdió, con los intereses, si no fuere posible la restitución en especie." "Artículo 1682. Mientras que uno de los contratantes no cumpla con la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad del contrato, esté obligado, no puede ser compelido el otro a que cumpla por su parte."

## SECCION 2ª CODIGO DE 1928

75. *Precepto general.* Este Código en su artículo 8 reproduce el artículo 7 del Código de 1884, agregando a las palabras "leyes prohibitivas" estas otras: "o de interés público".

76. *Teoría que adopta.* Dedica un título a la inexistencia y nulidad de los actos jurídicos, inspirado en las ideas de Bonnecase. [Véase núm. 71 de este libro.] Distingue claramente la inexistencia [art. 2224] de la nulidad, aun absoluta [art. 2226] por la falta de un elemento esencial y por la



carencia de efectos en el primer caso, y la posibilidad de que se produzcan en el segundo. Le asigna caracteres fijos a la nulidad absoluta [art. 2226], y llama relativa a la que no reúne todos esos caracteres [art. 2227], señalando casos que corresponden a esta nulidad [art. 2228]. El acto ilícito, o sea el contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres [art. 1830], lo sanciona con nulidad ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la Ley [art. 2225]. Ahora bien, la Ley podrá, algunas veces, contener esta disposición expresamente; pero cuando no sea así, habrá que descubrir si el legislador ha querido imponer una nulidad absoluta o una nulidad relativa, de acuerdo con las nuevas ideas, según se requiera para asegurar la observancia de la regla legal que sancione [véase, núms. 178 a 180 de este libro].

77. *Diversos preceptos.* El Código de 1928, en el título citado, contiene los artículos 2239 a 2241 que, con algunas modificaciones, concuerdan con los artículos 1680 y 1682 del Código de 1884 y que dicen: "Artículo 2239. La anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado." "Artículo 2240. Si el acto fuere bilateral y las obligaciones correlativas consisten ambas en sumas de dinero o en cosas productivas de frutos, no se hará la restitución respectiva de intereses o de frutos, sino desde el día de la demanda de nulidad. Los intereses y los frutos percibidos hasta esa época se compensan entre sí." "Artículo 2241. Mientras que uno de los contratantes no cumpla con la devolución de aquello que en virtud de la declaración de nulidad del contrato está obligado, no puede ser compelido el otro a que cumpla por su parte." Además, en el propio título se encuentra el artículo 2238 que dice: "El acto jurídico viciado de nulidad en parte, no es totalmente nulo, si las partes que lo forman pueden legalmente subsistir separadas, a menos que se demuestre que al celebrarse el acto se quiso que sólo íntegramente subsistiera."

# *LIBRO SEGUNDO*

# *FUENTES DE LAS OBLIGACIONES*

## PRIMERA PARTE

## EL CONTRATO

### TÍTULO PRIMERO

### NOCIONES GENERALES

#### CAPÍTULO PRIMERO

#### *Definiciones de contrato y convenio*

78. BIBLIOGRAFIA. LÉVY-ULLMANN, *L'Obligation et le contrat*, etcétera, páginas 178 et sigs.; AUBRY et RAU, t. IV, párrafo 340; PLANIOL, t. II, número 944; COLIN et CAPITANT, t. II, núm. 8; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, tomo XII, núm. 7; JOSSERAND, t. II, núm. 13.

79. *Definición de Colin y Capitant.* "El contrato o convenio es un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos. Contratando, las partes pueden tener por fin, sea crear una relación de derecho: crear o transmitir un derecho real o dar nacimiento a obligaciones; sea modificar una relación preexistente; sea en fin extinguirla. El artículo 1101 parece distinguir el contrato del convenio, hacer de éste el género y de aquél la especie. Se reserva algunas veces, en efecto, el nombre de contrato a los convenios que tienen por objeto hacer nacer o transmitir un derecho, derecho de crédito o derecho real... Pero esta distinción entre los contratos y los convenios no tiene sino un interés de terminología; las mismas reglas generales se aplican a los unos y a los otros" [t. II, núm. 8].

80. *Definiciones de nuestros Códigos.* El artículo 1272 del Código de 1884, dice que: "Contrato es un convenio por el que dos o más personas se transfieren algún derecho o contraen alguna obligación." Este artículo

procede del 641 del Código Portugués redactado así: "Contrato es el acuerdo en cuya virtud dos o más personas transfieren entre sí algún derecho o se sujetan a alguna obligación." Coincide, en esencia, con el artículo 1101 del Código Napoleón, según el cual, "El contrato es un convenio por el cual una o varias personas se obligan hacia una o varias otras a dar, a hacer o no hacer alguna cosa." Ni el Código Napoleón ni el Código de 1884 expresan lo que debe entenderse por convenio, pero como la definición de contrato del Código Napoleón es casi una reproducción de la de Pothier, acudiendo a éste veremos que "Un convenio, cuyo término sinónimo es pacto, es el consentimiento de dos o varias personas, habido para formar entre ellas alguna obligación o para destruir una precedente o para modificarla".

Nuestro Código de 1928, define el convenio y el contrato en sus artículos 1792 y 1793 de acuerdo con la doctrina, diciendo: "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones." "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos."

Como se ve, en las definiciones de nuestros Códigos el género próximo es el convenio, y la diferencia específica la producción o transmisión de las obligaciones y derechos.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### *Diversas clases de contratos*

81. *Tabla A*

C. a. 1274.—G. 975.—C. N. 1102 y 1103.—C. v. 1835 y 1836.
„ „ 1275.—G. 976.—C. N. 1105 y 1106.—C. v. 1837.
„ „ 2701.—C. N. 1964.—C. I. 1102.

81 *bis*. *Tabla B*

C. v. 1835.—C. Arg. 1138.—C. N. 1102 y 1103.—C. I. 1099 y 1100.—C. a. 1274
„ „ 1836.—C. Arg. 1138.—C. N. 1102 y 1103.—C. a. 1274.
„ „ 1837.—C. a. 1275.
„ „ 1838.—Planiol. t. II, núm. 954.—C. a. 2701.

81 *ter*. BIBLIOGRAFIA. PLANIOL, t. II, núms. 947 a 961; COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 11 a 21; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XII, números 9 a 24; LAURENT, t. XV, núms. 431 a 449; DEMOLOMBE, t. I, números 20 a 39; LAFAILLE, *Contratos*, núm. 45; SALVAT, *Contratos*, t. I, núms. 17 a 19; RIPERT et BOULANGER, t. II, núms. 69-71; COLIN, CAPITANT et JULLIOT DE LA MORANDIERE, t. II, núms. 22 a 37; JOSSERAND, t. II, núms. 18 a 38; JOSSERAND y BRUN, t. II, vol. I, núms. 20 a 38; MARTY, 2e. anne, págs. 7 a 9.



## SECCION 1ª CONTRATOS SINALAGMATICOS O BILATERALES Y UNILATERALES, ONEROSOS Y GRATUITOS

(Código de 1884, art. 1273)

### I. DEFINICIONES

82. *Contrato bilateral y unilateral.* "Es contrato *bilateral* aquel en que resulta obligación para todos los contratantes" [Código de 1884, art. 1274] o, en otros términos, "el contrato es bilateral, cuando las partes se obligan recíprocamente" [Código de 1928, art. 1836]. "Es contrato *unilateral* aquel en que solamente una de las partes se obliga" [Código de 1884, art. 1274] o, en otros términos, "el contrato es unilateral, cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada" [Código de 1928, art. 1835].

No hay que confundir el acto unilateral [véase núm. 38 de este libro] con el contrato unilateral; en el primero sólo hay una voluntad y en el segundo hay acuerdo de voluntades.

83. *Contrato oneroso y gratuito.* Es contrato *oneroso* aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y *gratuito* aquel en que el provecho es solamente de una de las partes [Código de 1884, art. 1275 y Código de 1928, art. 1837].

Se ha dicho que todo contrato bilateral es necesariamente oneroso [Planiol, t. II, núm. 952; Beudant, núm. 44; Demogue, t. II, núm. 914, página 891], pero ya veremos que esta afirmación absoluta no es exacta en el derecho moderno.

### II. APLICACIONES

Vamos ahora a aplicar la clasificación que acabo de exponer a los contratos más usuales.

84. *Compraventa.* El vendedor se obliga a entregar una cosa al comprador y a trasmitirle el dominio de ella, y el comprador, a su vez, se obliga a pagar el precio en dinero al vendedor [Código de 1884, arts. 2811 y 2891 y Código de 1928, arts. 2248 y 2283]. Este es deudor de la cosa vendida y al mismo tiempo acreedor del precio; el comprador es deudor del precio y acreedor de la cosa. Este contrato es por consiguiente bilateral porque engendra obligaciones a cargo de las dos partes y es oneroso porque se estipulan provechos y gravámenes recíprocos.

85. *Permuta.* Cada uno de los dos contratantes da [Código de 1884, art. 2930], o se obliga a dar [Código de 1928, art. 2327] al otro una cosa.

Vemos aquí que nacen obligaciones a cargo de las dos partes y se estipulan provechos y gravámenes recíprocos. Luego el contrato es bilateral y oneroso.

86. *Donación.* En la donación pura y simple el donante transfiere una parte o la totalidad de sus bienes presentes al donatario, gratuitamente [Código de 1884, art. 2594 y Código de 1928, artículo 2332]. Se obliga el donante y no el donatario y sólo éste recibe provecho. Este contrato, por lo mismo, es unilateral y gratuito.

87. *Mutuo simple.* Según el Código de 1884 [arts. 2661 y 2685], el mutuante concede un bien fungible al mutuatario, quien se obliga a devolverle otro tanto del mismo género y calidad de lo que recibió. Para que haya mutuo se necesita que el mutuante entregue la cosa al mutuatario y, como esta entrega es elemento constitutivo del contrato mismo, el mutuante no contrae obligación alguna; sólo el mutuatario se obliga a hacer la devolución. Este contrato es, pues, unilateral porque nada más nace obligación para el mutuatario y es gratuito porque sólo a éste aprovecha.

El Código de 1928 [art. 2384], establece que "El mutuo es un contrato por el cual el mutuante *se obliga* a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuario, quien *se obliga* a devolver otro tanto de la misma especie y calidad." Cambia la clasificación, formándose un contrato bilateral, que sigue siendo gratuito porque sólo el mutuario obtiene provecho consistente en usar de la cosa.

88. *Mutuo con interés.* Este contrato en el Código de 1884 [arts. 2661, 2685 y 2694], tiene el carácter de unilateral porque sólo el mutuatario contrae obligaciones, que son devolver al mutuante otro tanto del mismo género y calidad de lo que recibió y además pagarle intereses. Es oneroso porque de él, resultan provechos recíprocos que consisten para el mutuatario en el uso de la cosa y para el mutuante en la percepción de intereses. He aquí un caso de contrato unilateral y oneroso, con el que se comprende que no se debe confundir lo unilateral con lo gratuito y lo bilateral con lo oneroso.

En el Código de 1928 [arts. 2384 y 2393] el mutuo con interés es bilateral, como el mutuo simple, y es oneroso como en el Código de 1884.

89. *Comodato.* Según el Código de 1884 [art. 2661], el comodante concede gratuita y temporalmente el uso de una cosa no fungible al comodatario, quien contrae la obligación de restituir la cosa en especie. Este contrato es unilateral y gratuito porque sólo el comodatario se obliga y sólo a favor de él se estipula un provecho, el de usar de la cosa.

Según el Código de 1928 [art. 2497] el comodante *se obliga* a conceder gratuitamente el uso de una cosa no fungible al comodatario y éste *contrae la obligación* de restituirla individualmente. Porque se obligan ambos contratantes este contrato es bilateral; es gratuito porque sólo se estipula provecho para el comodatario.



90. *Arrendamiento.* El arrendador se obliga a procurar el uso o goce temporal de una cosa al arrendatario y éste, a su vez, contrae la obligación de pagar la renta, o sea el precio al arrendador [Código de 1884, arts. 2936 y 2950 y Código de 1928, art. 2398]. Este contrato es, pues, bilateral porque ambas partes se obligan, y es oneroso porque se estipula para el arrendador el provecho de recibir la renta y para el arrendatario el provecho de usar la cosa.

91. *Depósito.* Según el Código de 1884 [art. 2545] el depositario recibe la cosa ajena con *obligación* de custodiarla y restituirla en especie, sin facultad de usarla ni aprovecharse de ella. La recepción de la cosa por parte del depositario es un elemento de formación del contrato, el cual sólo produce obligación a cargo del depositario, de donde resulta que este contrato es unilateral. Por su naturaleza es gratuito, pero el depositario puede, sin embargo, estipular alguna gratificación [Código de 1884, art. 2547]; luego, este contrato es normalmente gratuito, pero puede convertirse en oneroso si se estipula una remuneración para el depositario y entonces será también bilateral.

En el Código de 1928 [arts. 2516 y 2517] el depositario contrae la obligación de recibir la cosa, guardarla y restituirla a su tiempo, y el depositante tiene la obligación de retribuir al depositario. Es decir, normalmente este contrato será bilateral y oneroso. Si se pacta que no habrá remuneración será unilateral y gratuito.

92. *Mandato.* El mandatario se obliga a hacer alguna cosa en nombre del mandante [Código de 1884, arts. 2342 y 2359] o a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga [Código de 1928, art. 2546], y el mandante se obliga a pagar una retribución al mandatario [Código de 1884, art. 2373], salvo que se convenga expresamente que será gratuito [Código de 1884, art. 2374 y Código de 1928, art. 2549]. Así, pues, el mandato por su naturaleza, es bilateral y oneroso y por excepción puede ser unilateral y gratuito.

93. *Prestación de Servicios Profesionales.* El profesionista se obliga a prestar los servicios de su profesión [Código de 1884, artículos 2406 y 2359] a otra persona, la cual queda obligada a pagarle una retribución [Código de 1884, arts. 2407 y 2408 y Código de 1928, arts. 2606 y 2607]. En consecuencia, nacen obligaciones a cargo de los dos contratantes y se estipulan provechos para uno y otro; el contrato es bilateral y oneroso.

94. *Transporte.* Este contrato interviene entre el que quiere hacer transportar sus mercancías o hacerse transportar él mismo y el que se en-

carga de la operación. El contrato de transporte de mercancías (o de cosas) interviene entre el remitente o cargador que hace operar el transporte de las mercancías y el porteador que se obliga a operarlo. Supone también ordinariamente la existencia de una tercera persona, aquella a la cual las mercancías son enviadas o destinadas y que se llama el consignatario. El contrato de transporte es sinalagmático: el porteador tiene por obligación principal operar el transporte y el remitente o el consignatario está obligado a pagar el precio de él [Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. III, núms. 549, 550 y 559; arts. 2510, 2529 y 2530 del Código de 1884; arts. 2646 y siguientes del Código de 1928; y arts. 590, 581, frac. V, 588, 591, fracs. I y II y 595 de Código de Comercio]. Por lo expuesto, se ve que el contrato de transporte es asimismo oneroso.

## SECCION 2ª CONTRATOS SINALAGMATICOS IMPERFECTOS

95. *Su carácter unilateral.* Para apreciar la naturaleza de un contrato debe uno colocarse en el momento en que se forma [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 11].

Hay contratos que en el momento de su celebración sólo producen obligaciones a cargo de uno de los contratantes; aunque por hechos posteriores, durante la vigencia de ese contrato, pueden nacen obligaciones a cargo de la otra parte. Estos contratos, llamados por algunos autores sinalagmáticos imperfectos (denominación que no consta en nuestros Códigos), son en realidad unilaterales [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 11; Planiol, t. II, núm. 950; Colin et Capitant, t. II, núm. 14; Ripert et Boulanger, t. II, núm. 71]. Tales son el comodato y el depósito cuando son unilaterales [núms. 89 y 91 de este libro, en los cuales si el comodatario o el depositario tuviere que hacer, para la conservación de la cosa ciertos gastos, el comodante o el depositante tendrá obligación de reembolsarlos [Código de 1884, arts. 2682 y 2585; Código de 1928, arts. 2513 y 2532]. A este respecto recuérdese lo dicho en el número 82.

## SECCION 3ª CONTRATOS CONMUTATIVOS Y CONTRATOS ALEATORIOS

96. *Subdivisión.* Los contratos onerosos se subdividen en conmutativos y aleatorios [Planiol, t. II, núm. 954].

97. *Definiciones legales.* El Código de 1884 no define lo que son los contratos conmutativos, pero por argumento "a contrario" conoceremos sus caracteres, ya que sí define los aleatorios. Los demás onerosos que no entren dentro de esta definición serán conmutativos. El artículo 2701 dice: "El contrato *aleatorio* es un convenio recíproco cuyos efectos, en cuanto a las



ganancias y pérdidas, ya para todas las partes, ya para una o algunas de ellas, dependen de un acontecimiento incierto." Este artículo concuerda con el 1964 del Código Napoleón, en cuanto supone que un acontecimiento incierto es el que determina el efecto del contrato con respecto a las ganancias o pérdidas, ya para todos o para algunos de los contratantes [en este sentido Colin et Capitant, t. II, núm. 20; Hémard, t. II, art. 1109].

El artículo 1838 del Código de 1928 copia casi textualmente el párrafo 954 del tomo II de Planiol, diciendo: "El contrato oneroso es *conmutativo* cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Es *aleatorio* cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice."

98. *Efectos del contrato aleatorio.* Planiol [t. II, núm. 957] enseña que el contrato aleatorio siempre tiene este carácter para todos los contratantes: que lo que es ganancia para uno, es pérdida para el otro [en el mismo sentido Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 18; Giorgi, t. III, núm. 27 *c*]. Ejemplos: En un contrato de renta vitalicia, una persona se obliga a pagar a otra, durante la vida de ésta, una pensión periódica, mediante una cantidad en dinero u otra cosa que entrega la segunda persona a la primera [Código de 1884, art. 2783 y Código de 1928, art. 2774]. Si viviere poco el pensionista resultará una pérdida para él y a la vez una ganancia para el que recibió el capital y si viviere mucho tendrá una ganancia el pensionista y una pérdida el que hubiere pagado la renta, consistiendo el carácter aleatorio, en que puede vivir poco o mucho el pensionista. Cosa análoga sucede en el contrato de seguros, en el cual, por ejemplo, una persona se obliga a pagar una prima periódica a otra, la cual a su vez se obliga a pagar a aquélla cierta cantidad si se pierden en un incendio determinados bienes del asegurado, dependiendo los efectos del contrato, del incendio, que puede verificarse pronto, tarde o nunca.

## SECCION 4ª CONTRATOS REALES

99. *Su carácter y enumeración.* Son, de los que ya conocemos, según el Código de 1884, el *mutuo*, el *comodato* y el *depósito*, que para formarse, como ya hemos visto, requieren que se entregue la cosa por el mutuante, comodante o depositante y mientras no se entrega no hay el contrato.

En el Código de 1928 [arts. 2384, 2497 y 2516], siguiendo al Código Suizo de las Obligaciones [arts. 312, 305 y 472], dichos contratos se forman desde que hay concurso de voluntades y la entrega de la cosa es objeto del contrato; pero no elemento de formación, no elemento constitutivo de él.

El contrato de prenda, con su carácter de real lo encontramos en el artículo 1776 del Código de 1884, que dice: "El Contrato de *prenda* sólo puede producir sus efectos por la entrega de la cosa empeñada y su permanencia en poder del acreedor." En el artículo 2858 del Código de 1928 se dice: "Para que se tenga por constituida la prenda deberá ser entregada al acreedor real o jurídicamente." Y en el artículo 2859 se explica lo que se entiende por entrega jurídica. Sobre la misma materia véase el artículo 334 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

## SECCION 5ª CONTRATOS PRINCIPALES Y CONTRATOS ACCESORIOS

100. *Indicación.* [Demogue, "Ensayo de una teoría general de los Derechos accesorios", en la *Revista de Derecho Privado*, febrero de 1930]. Todos los contratos mencionados, con excepción de la *prenda*, son principales. Los accesorios más usuales son: fianza, prenda e hipoteca: Tienen por objeto crear derechos accesorios de garantía de obligaciones.

101. *Fianza.* En este contrato una persona se obliga a pagar, o sea a cumplir por otra, si ésta no lo hace [Código de 1884, art. 1700 y Código de 1928, art. 2794]. En el contrato de arrendamiento con fianza, el arrendatario se obliga a pagar una renta al arrendador, formando esto la obligación principal, y la accesoria es la que contrae el fiador de pagar en el caso de que el arrendatario no pagare la renta.

102. *Prenda.* El artículo 1773 del Código de 1884 dice: "La Prenda es un derecho real que se constituye sobre algún objeto mueble, para garantir el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago." En términos muy semejantes está redactado el artículo 2856 del Código de 1928. El Monte de Piedad, *verbi gratia*, presta dinero a una persona, quien le entrega una cosa mueble que se queda en poder de esta Institución como prenda a fin de garantizarle el pago de la cantidad prestada. Si no paga el deudor, el Monte de Piedad saca a remate la prenda y con el precio que obtenga vendiéndola, se paga.

103. *Hipoteca.* El contrato de hipoteca es aquel por virtud del cual nace un derecho real que afecta a un inmueble generalmente, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal y su preferencia en el pago [véase el Código de 1884, art. 1823 y el Código de 1928, art. 2893]. Como ejemplo he aquí un caso usual en la práctica: Una persona vende a otra una casa. El comprador le queda debiendo parte del precio y para garantizarle el pago, le hipoteca la misma casa que compra. Si el deudor no paga, el acreedor hace que se venda la casa hipotecada y con el precio que se obtenga se paga su crédito de preferencia a los demás acreedores del deudor [salvo el caso de que hubiere algún acreedor más privilegiado que el hipotecario].



## SECCION 6ª CONTRATOS INSTANTANEOS Y CONTRATOS SUCESIVOS

104. *Su distinción.* Un contrato instantáneo entraña una ejecución inmediata (venta al contado); por un contrato sucesivo, una de las partes o las dos se obligan a prestaciones continuas o repetidas a intervalos periódicos (por ejemplo, el arrendamiento) [Hémard, t. II, núm. 1113].

## SECCION 7ª CONTRATOS CONSENSUALES, FORMALES Y SOLEMNES

105. *Referencia.* Esta división de los contratos se refiere a su modo de formación y no a su naturaleza [Planiol, t. II, núm. 960]. La explicaremos al tratar de la forma como elemento de los contratos.

### CAPÍTULO TERCERO

### *Elementos del contrato*

106. *Códigos extranjeros.* En los Códigos extranjeros que son antecedente principal de nuestros antiguos Códigos Civiles se encuentran las enumeraciones siguientes:

Código Napoleón: "Art. 1108. Cuatro condiciones son esenciales para la validez de un convenio: el consentimiento de la parte que se obliga; su capacidad de contratar; un objeto cierto que forma la materia de la obligación; una causa lícita en la obligación."

Proyecto de Código Español (García Goyena): "Art. 985. Para la validez de los contratos son indispensables los requisitos siguientes: 1º Capacidad de los contrayentes. 2º Su consentimiento. 3º Objeto cierto que sirva de materia a la obligación. 4º Causa lícita de la obligación. 5º La forma o solemnidad requerida por la ley."

Código Portugués: "Art. 643. Para que el contrato sea válido deben reunirse en él las siguientes condiciones: 1º Capacidad de los contrayentes; 2º Mutuo consentimiento; 3º Objeto posible."

107. *Códigos mexicanos.* Teniendo en cuenta estos antecedentes los autores de nuestro Código Civil de 1870 redactaron el artículo 1395 en estos términos: "Para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones: 1ª Capacidad de los contrayentes: 2ª Mutuo consentimiento; 3ª Objeto lícito."

Nuestro Código de 1884 reprodujo el artículo que se acaba de transcribir con una adición, quedando redactado así: "Artículo 1279. Para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones: I. Capacidad de los contrayentes; II. Mutuo consentimiento; III. Que el objeto materia del contrato sea lícito; IV. Que se haya celebrado con las formalidades externas que exige la ley." Como veremos después no todas las condiciones enumeradas tienen igual valor, o mejor dicho no todas tienen la misma sanción.

El Código de 1928, inspirándose en el proyecto franco italiano de "Código de las obligaciones y de los contratos" [arts. 10 y 11], distingue en el contrato los elementos necesarios para su existencia y los que sólo se exigen para su validez. Según el artículo 1794 del Código vigente, "Para la existencia del contrato se requiere: I. Consentimiento; II. Objeto que pueda ser materia del contrato." Según el artículo 1795 del mismo Código "El contrato puede ser invalidado: I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; II. Por vicios del consentimiento; III. Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito; IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece."

## TÍTULO SEGUNDO

# EL CONSENTIMIENTO

### CAPÍTULO PRIMERO

### *Nociones generales*

108. I. *Concurso de voluntades.* El consentimiento es elemento esencial del contrato. Consiste en el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos, siendo necesario que estas voluntades tengan una manifestación exterior [Capitant, *Introduction*, etc., núm. 236; Bonnecase, *Suppl.*, t. II, núm. 374 y nota sobre el punto de vista de Gounot].

109. II. *Oferta y aceptación.* Uno de los futuros contratantes propone a otro las condiciones de un contrato; esto es lo que se llama oferta o policitación. Si el otro se muestra conforme con ellas, les da su aceptación, queda formado el consentimiento.

A veces el consentimiento se forma sencillamente exponiendo una parte las condiciones del contrato a la otra y aceptándolas ésta desde luego lisa y llanamente. Otras veces, tratándose de contratos complicados, generalmente, se redacta primero un proyecto de contrato que las partes estudian y discuten y modifican hasta que se llega de común acuerdo a una redacción definitiva [véase Planiol, t. II, núm. 945].

110. III. *Ausencia de consentimiento.* Hay veces en que el consentimiento sólo es aparente, pero no existe en realidad, sino que hay una mala inteligencia. Esto acontece principalmente en dos hipótesis: *a)* Cuando hay un error sobre la naturaleza del contrato. Por ejemplo, una persona entrega a otra una cosa en la inteligencia de que se la está prestando y la persona que recibe esa cosa cree que la otra se la regala, es decir, se la dona. *b)* Cuando hay error sobre la identidad del objeto, por ejemplo: una persona dueña de dos cosas semejantes cree estar vendiendo una de ellas y el comprador cree que está comprando la otra [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 52; Planiol, t. II, núm. 1050]. La ausencia de consentimiento hace que el contrato sea inexistente. A esta solución debe llegarse bajo el

imperio del Código de 1884 por estar basada en la doctrina unánime y también según el Código de 1928 en el cual, como hemos visto, para la existencia del contrato se requiere el consentimiento [art. 1794, I].

## CAPÍTULO SEGUNDO

### *El principio de la autonomía de la voluntad*

111. BIBLIOGRAFIA. PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, t. VI, núms. 14-21; COLIN et CAPITANT et JULLIOT DE LA MORANDIERE, 10e. éd., t. II, núm. 4; GARCÍA TÉLLEZ, *Motivos, colaboración y concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano*, págs. 20-21; GENY, *Méthode*, etc., t. II, núms. 171-172; CAPITANT, *Introduction*, etc., núm. 25; DEL VECCHIO, *Principios Generales de Derecho*, capítulo VIII; DEMOGUE, t. I, núm. 27; etc.; RIPERT, *La regle morale*, etc., número 22; RIPERT, *Le régime démocratique*, etc., núms. 137 y sigs.; SAVATIER, *Les metamorphoses*, etc., págs. 5 a 87; MORIN, *La revolte du droit contre le code*, págs. 9-40; GOUNOT, Emanuel, "La libertad de los contratos en sus justos límites", en el tomo denominado *Libertad y Sociedad*, de la "Colección de Estudios Sociales", traducción del Lic. Héctor González Uribe, 1948; ROUAST, Andre, *El respeto de las obligaciones libremente contraídas* y el *Contrato dirigido*, en el tomo que se acaba de citar; RIPERT et BOULANGER, t. II, núms. 15-22 y 443-447.

112. *Planiol, Ripert et Esmein [loc. cit.].* De acuerdo con estos autores diremos lo siguiente:

a) *Exposición y origen del principio.* El concurso de voluntades que caracteriza al contrato, se entiende, según la teoría clásica, como el acuerdo de las libres voluntades de los contratantes.

La noción de libertad individual se expresa habitualmente diciendo que todo lo que no está prohibido, está permitido. Esto es lo que en el dominio del Derecho se llama el principio de la autonomía de la voluntad.

La concepción de la voluntad soberana en el contrato tiene su raíz en el Derecho canónico, estuvo sostenida por la escuela del Derecho natural y por los filósofos del siglo XVIII y ha sido exaltada por los partidarios del individualismo liberal en el siglo XIX.

El principio fue acogido por el Código Napoleón [art. 1134] y por nuestros Códigos de 1870 [art. 1535] y de 1884 [art. 1419].

De acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, las partes son libres para celebrar o no celebrar contratos, y al celebrarlos, obran libremente y sobre un pie de igualdad, poniéndose de acuerdo unos contratantes con otros, fijando los términos del contrato, determinando su objeto, sin más limitación que el orden público. Esta limitación se encuentra consignada en términos generales en el artículo 6 del Código Napoleón, en el artículo 15 del Código de 1884 y en el artículo 6 del Código de 1928, según el cual: "La voluntad de los particulares no puede eximir de la



observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero." Esto quiere decir que los particulares pueden estipular en sus contratos todo lo que no sea contrario a una ley, y aun pueden convenir en lo que sea contrario a una ley si ésta no es de interés público, sino sólo supletoria de la voluntad de las partes.

b) *Crítica.* El papel creador de la voluntad en la formación de las obligaciones convencionales se ha negado categóricamente por Duguit, como lo hemos visto al estudiar el acto jurídico, y también se ha negado la posibilidad de un concurso real de las voluntades.

También se ha atacado el principio de la autonomía de la voluntad diciéndose que la libertad de ésta no es completa, que los contratos siempre son celebrados bajo el imperio de necesidades frecuentemente muy imperiosas. Así, por ejemplo, digo yo, el que necesita dinero y acude al capitalista para obtenerlo tiene que aceptar las condiciones que éste le imponga. Sin embargo, cuando hay abundancia de dinero para prestarse, el capitalista tiene que reducir sus pretensiones.

Se ha dicho también que no siempre los contratantes se encuentran en un plan de igualdad. Tal es el caso del trabajador que se encuentra en condiciones de inferioridad respecto del patrón. Pero agrego yo, cuando los trabajadores se agrupan en sindicatos la fuerza de ellos se equilibra con la de los patrones y a veces supera a ésta.

c) *Conclusión.* Actualmente el principio de la autonomía de la voluntad no ha desaparecido sino que sigue siendo la base del derecho moderno en materia de contratos, pero esa autonomía está ya considerablemente debilitada, pues cada vez la ley impone mayor número de limitaciones a la libertad contractual bajo una doble influencia: la dependencia material, cada día más estrecha del individuo con relación al medio en que vive, el sentimiento más claro de que ninguna sociedad puede quedar indiferente a los fines perseguidos por los contratantes y que debe velar por el mantenimiento de cierto grado de justicia, distributiva o conmutativa.

113. *Influencia de las teorías sociales contemporáneas.* [Colin et Capitant y Julliot de la Morandière.] "El principio de la autonomía de la voluntad ha tenido su apogeo en el siglo XIX con el triunfo de las ideas individualistas y liberales. La reacción ha venido después. Las teorías sociales, en favor en nuestros días, han ejercido su influencia sobre la materia de las obligaciones, como sobre las otras partes del derecho. Esta influencia se ha traducido por una triple manera: 1°, desde luego por la importancia mayor concedida a los intereses colectivos al lado de los intereses puramente individuales... 2°, en seguida por cierto renacimiento del formalismo... 3°, en fin, por un desarrollo más y más considerable de las leyes imperativas de orden público que vienen a restringir, en el fondo, la libertad de los contratantes. Habiendo muy a menudo terminado la libre compe-

tencia en el aplastamiento del débil por el fuerte, el Estado ha debido intervenir. Lo ha hecho para tratar de hacer reinar más justicia social en las relaciones contractuales entre vendedores y compradores, entre propietarios y arrendatarios, entre patrones y obreros, entre aseguradores y asegurados, etc. Su intervención, primero excepcional, tiende a convertirse en la regla. A la economía liberal se sustituye actualmente por todas partes una economía dirigida... El Estado es inducido, pues, a trazar los cuadros, más o menos rígidos, dentro de los cuales sólo se podrá ejercer la libertad contractual... Los precios de los artículos de consumo y de los servicios tienden a ser fijados imperativamente, el número de las materias disponibles es fijado limitativamente, algunas veces es impuesta la persona con la cual se puede contratar, cierto número de contratos está prohibido formalmente. No se puede prever en donde se detendrá esta evolución que las circunstancias actuales nos imponen. El Derecho de las obligaciones no conservará menos un interés de primer orden. Por grande que sea la empresa del Estado, no puede ser completa: un sector deberá ser abandonado a la libertad de los particulares, una parte importante en la producción y la repartición de las riquezas deberá ser dejada a la iniciativa privada y al contrato." [10ª ed., t. II, núm. 4.]

114. *Exposición de motivos de nuestro Código Civil vigente.* "La necesidad de cuidar de la mejor distribución de la riqueza; la protección que merecen los débiles y los ignorantes en sus relaciones con los fuertes y los ilustrados; la desenfrenada competencia originada por la introducción del maquinismo y el gigantesco desarrollo de la gran industria que directamente afecta a la clase obrera, han hecho indispensable que el Estado intervenga para regular las relaciones jurídico-económicas, relegando a segundo término al no ha mucho triunfante principio de que la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos... En nombre de la libertad de contratación han sido inicuamente explotadas las clases humildes... Es preciso socializar el Derecho... Socializar el Derecho significa extender la esfera del derecho del rico al pobre, del propietario al trabajador, del industrial al asalariado, del hombre a la mujer, sin ninguna restricción ni exclusivismo. Pero es preciso que el Derecho no constituya un privilegio o un medio de dominación de una clase sobre otra." [García Téllez, *Motivos, colaboración y concordancias del nuevo Código Civil Mexicano*, págs. 20-21.]

## CAPÍTULO TERCERO

### *Formación del contrato entre presentes y entre ausentes*

115. *Tabla A*

C. a. 1288.—C. P. 649.—C. v. 1807.
" " 1289.—C. P. 650.—C. v. 1805.



C. a. 1290.—C. P. 651.—C. v. 1804.
" " 1291.—C. P. 652.—C. v. 1806.
" " 1292.—C. P. 653.—C. v. 1807 y 1808.
" " 1293.—C. P. 654.—C. v. 1810.
" " 1294.—C. v. 1810.
" " 1295.—C. P. 655.—C. v. 1809.

115 *bis.*. *Tabla B*

C. v. 1804.—C. O. 3º—C. a. 1289.—C. Al. 145 y 148.
" " 1805.—C. O. 4º—C. a. 1290.—C. Al. 147.
" " 1806.—C. O. 5º—C. a. 1291.—C. Al. 149.
" " 1807.—C. v. 1292.
" " 1808.—C. O. 9.—C. a. 1292.—C. Al. 130.
" " 1809.—C. a. 1295.
" " 1810.—C. a. 1293 y 1294.
" " 1811.—C. Com. 80.

115. *ter.* BIBLIOGRAFIA. DEMOGUE, t. II, núms. 539-605 *bis;* GIORGI, tomo III, núms. 209-240; DIAS FERREIRA, t. II, núms. 9-11; CUNHA GONÇALVES, t. IV, núms. 502-510, 513 y 514; ALVES MOREIRA, págs. 554-560; LÉVY-ULLMANN, págs. 233-290; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XII, números 37-40; VALVERDE, t. III, núms. 218-222; SCHNEIDER et FICK, t. I, páginas 33-39; THUR, t. I, párrafos 22-24, págs. 144-171; ROSSEL, t. I, números 32-36; SALEILLES, *Code Civil Allemand Annoté*, t. I, págs. 142-149 y páginas 165-185; ENNECCERUS-NIPPERDEY, t. I, vol. 2º, párrafos 149-154, páginas 140 a 171; VIVANTE, t. IV, núms. 1508-1549; BOLAFFIO, t. II, números 189-196; SALEILLES, *De la Declaration de volonté*, pags. 118-174.

## SECCION 1ª SISTEMAS DOCTRINALES

116. *Indicación.* Cuatro sistemas se conocen en doctrina y en legislación sobre el momento en que queda formado el contrato [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núms. 37 a 40; Giorgi, t. III, núms. 209 a 240].

117. I. *Sistema de la declaración.* El contrato queda formado en el momento en que la aceptación se declara de cualquiera manera. Ejemplo: una persona que está en México se dirige por carta a otra que está en Cuernavaca ofreciendo comprarle su casa ubicada en esta última población, por el precio de diez mil pesos que le pagará al contado. El dueño de la finca al leer la carta acepta vender, declarándolo verbalmente o escribiendo una carta en ese sentido: ya hay concurso de voluntades y el contrato está formado.

118. II. *Sistema de la expedición.* El contrato se forma cuando la aceptación, además de manifestarse, se dirige al oferente. En el ejemplo

anterior, el contrato quedaría formado cuando el aceptante pone en el correo la carta dirigida al proponente o en la oficina de telégrafos el telegrama en el que va su aceptación. Hasta entonces, se dice, sale la aceptación del dominio absoluto del que la emite, pues antes simplemente con romper la carta escrita o el telegrama redactado hace ineficaz su aceptación manifestada.

119. III. *Sistema de la recepción.* El contrato se forma cuando el documento que contiene la aceptación llega al policitante.

Este hecho es un fenómeno exterior mucho más fácil de probar que el conocimiento a que se refiere el sistema que sigue [Thur, t. I, pág. 147].

120. IV. *Sistema de la información.* El contrato se forma cuando la aceptación ha llegado a conocimiento del proponente; en el ejemplo propuesto hasta que el oferente lea la carta o el telegrama del aceptante. No basta, se dice, que éste reciba la contestación, lo cual es un hecho material, sino que es indispensable que se entere de la aceptación, porque se necesita que las dos partes recíprocamente conozcan sus voluntades, antes habrá coexistencia, pero no concurso de voluntades.

121. *Los autores y las leyes.* Los autores están divididos: Demolombe [t. I, núm. 75], Baudry-Lacantinerie et Barde [t. XII, pág. 57] y Colin et Capitant [t. II, núm. 30] aceptan el primer sistema; Lyon-Caen y Renault *[Traité*, etc., t. III, núm. 27] el segundo; Demogue [t. III, núm. 577] el tercero; Laurent [t. XV, núm. 479], Planiol [t. II, núm. 986]; Thaller [núm. 1012] y Vivante [t. IV, núm. 1509 *bis]* el cuarto; y Giorgi [t. III, núms. 216-240] hace varias distinciones. También hay divergencia en las diferentes legislaciones que adoptan, ya uno, ya otro de los sistemas indicados.

## SECCION 2ª SISTEMA DEL CODIGO CIVIL DE 1884

### I. Contrato entre presentes

122. *La regla.* Cuando el contrato se celebra estando los contratantes en presencia uno del otro, el contrato se forma en el momento en que es aceptada la propuesta. Así es según los artículos 1289 y 1288 que corresponden a los artículos 650 y 649 del Código Portugués, y que dicen: "Si los contratantes estuvieren presentes la aceptación se hará en el mismo acto de la propuesta, salvo convenio expreso en contrario", y "Luego que la propuesta sea *aceptada* quedará el contrato perfecto, menos en aquellos casos en que la ley exija alguna otra formalidad."

123. *Contrato por teléfono.* Se ha discutido si el contrato que se celebra por teléfono se debe regir en lo que concierne al momento de su celebración por la regla establecida para los contratos entre presentes, o si debe considerarse regido por las de los contratos entre ausentes. Cuando dos personas están celebrando un contrato por teléfono, se encuentran en las mismas condiciones en que estarían si se encontraran materialmente en el mismo lugar para cambiar sus ideas sobre el contrato. Ahora bien, cuando hay la misma razón debe haber la misma disposición legal y, en consecuencia, aplicando extensivamente los artículos 1289 y 1288 debemos decidir que el contrato que se celebra por teléfono queda formado luego que la propuesta es aceptada. [En el mismo sentido: Planiol, t. II, núm. 985, nota 2; Demogue, t. II, núm. 548; Baudry-Lacantinerie et Barde, tomo XII, número 40].



### II. Contrato entre ausentes

124. *El sistema adoptado.* Cuando los contratantes no estuvieren presentes, sino en lugares distintos, podrá celebrarse el contrato por correspondencia, observándose lo que disponen los artículo 1288 y 1290 a 1295 [que concuerdan con los arts. 649 y 651 a 655 del Código Portugués]. El que proponga el contrato al otro quedará obligado a mantener su propuesta [art. 1292]: durante el plazo que fijare al segundo para la aceptación [art. 1290]: si no hubiere fijado plazo, durante el tiempo necesario para la ida regular del correo público, tres días más el tiempo que se necesite para la *vuelta* regular del correo público [art. 1291, Código de 1884]: no habiendo correo, durante el tiempo que se juzgue bastante según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones [artículo 1291]. Si la segunda parte no aceptare dentro del plazo que al efecto le hubiere fijado el proponente [art. 1290], o éste no recibiere la aceptación dentro del mismo plazo [art. 1292] no se formará el contrato. Se considerará no aceptada la propuesta [art. 1291] y por lo mismo el contrato no se formará [art. 1288], si no respondiere [art. 1291] aceptando, o, mejor dicho, si su aceptación no fuere *recibida* [art. 1292] por el proponente dentro de los plazos establecidos en el artículo 1291, según el caso. Por el contrario, al recibir el proponente la aceptación lisa y llana de su propuesta [art. 1293] dentro del plazo fijado por él o dentro del establecido por el artículo 1291, estando subsistente su propuesta [arts. 1292 y 1293] quedará formado el contrato. Si juzgáramos tan sólo por los términos del artículo 1288, diríamos que el contrato entre ausentes (lo mismo que el contrato entre presentes) queda perfecto luego que la propuesta es aceptada; pero como según los artículos 1291 y 1292 no se considera aceptada, sino cuando el proponente *recibe* la respuesta de la otra parte, resulta que el Código de 1884 ha adoptado el tercero de los cuatro sistemas conocidos, o sea el de la recepción.

125. *Aceptación modificando la propuesta.* Cuando la aceptación no fuere lisa y llana, sino que importare modificación de la propuesta, se con-

siderará como nueva proposición, quedando libre el proponente respecto de la primera, y obligado sólo a contestar respecto de la nueva, conforme a los artículos citados [art. 1293]. No contestada la nueva propuesta se observarán las prevenciones de los artículos 1292 y 1293 [art. 1294], es decir, no se formará el contrato y el nuevo proponente quedará libre de su obligación.

126. *Fallecimiento del proponente.* "Si al tiempo de la aceptación hubiere fallecido el proponente, sin que el aceptante fuere sabedor de su muerte, quedarán los herederos de aquél obligados a sostener el contrato" [art. 1295]. Este artículo está tomado del 655 del Código Portugués, comentando el cual Cunha Gonçalves, dice: "Nuestro legislador, separándose de la doctrina clásica, que domina aún en Francia y en Italia, e inspirándose quizá en los Códigos de Prusia y de Austria, preceptúa en el artículo 655... precepto idéntico se encuentra en el Código Civil Alemán, artículo 130..."

127. *Retractación del proponente.* Hemos visto que antes de que el contrato quede celebrado, el proponente está obligado a mantener su propuesta durante los términos señalados en los artículos 1290 y 1291 [artículo 1292]. Esta obligación tiene por sanción la de indemnizar los daños y perjuicios que puedan resultar de la retractación del proponente [art. 1292, parte final].

Ejemplos: *A*, que reside en Guadalajara, propone a *B* comprarle la casa que éste tiene en México, para venir a habitarla con su familia; esta proposición la hace por carta que deposita en el correo. Reflexionando *A* sobre su oferta se arrepiente de ella y la retira por medio de telegrama que dirige a *B* y que éste recibe antes que la carta. En este caso, *A* no puede haber causado daño ni perjuicio a *B* [Cunha Gonçalves, t. IV, pág. 249]. Supongamos que *B* al recibir la carta de *A*, acepta el contrato que éste le propone y hace gastos de transporte de sus muebles, para desocupar la casa que está conforme en vender a *A*, y toma otra casa en arrendamiento por cierto tiempo. Si en estas circunstancias *A* retira su oferta tiene que indemnizar a *B* los daños que a éste se originen por la traslación de los muebles, celebración del contrato de arrendamiento, etc. Nótese que el proponente con su retractación puede impedir que se forme el contrato [V. Alves Moreira, t. II, núm. 192], pues, de otra suerte, no podrían resultar daños ni perjuicios de su retractación. Si ésta fuere inoperante, la otra parte, haciendo que reciba en tiempo oportuno su aceptación el proponente, podría lograr que, aun contra el cambio de voluntad de éste, quedara celebrado el contrato, y entonces no podría resentir daño ni perjuicio con la retractación, ya que obteniendo la celebración del contrato podría exigir su ejecución, es decir, la retractación no habría tenido influencia alguna.

127 *bis. Teoría adoptada.* Existen diferentes teorías sobre la naturaleza de las obligaciones que tiene el proponente de mantener su propuesta y de indemnizar daños y perjuicios [como puede verse en las obras que citamos a continuación: Bonnecase, *Précis*, t. II, número 265; Colin et Capitant, t. II, núm. 28; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núms. 32 y 33; Demogue, t. II, núms. 553 y 559; Planiol, t. II, núms. 982-983; Demolombe, t. I, núms. 64-65; Mazeaud, *De la Responsabilité*, etc., t. I, núms. 116-120; Alves Moreira, t. II, págs. 556-559; Cunha Gonçalves, t. IV, núms. 506, pág. 248; Hilsenrad, *Des obligations qui peuvent naître au cours de la préparation d'un contrat*, págs. 49-112. (El mismo libro traducido al español tiene por título: *Las obligaciones precontractuales.]*



De esas teorías, en vista del origen portugués de los artículos de nuestro Código, tenemos que preferir la que adoptan Alves Moreira y Cunha Gonçalves. El primero dice: "En nuestro parecer la responsabilidad del proponente tiene su causa en un acto de voluntad: la retractación de la propuesta, de la que puedan resultar daños para la otra parte. El legislador... declara... esa propuesta obligatoria para el proponente, so pena, si se retracta, de quedar responsable por pérdidas y daños. En ésta la causa de la responsabilidad en que se constituye el promitente y que asume, atenta la obligación impuesta por la ley, el carácter de un hecho ilícito" [pág. 559]. El segundo expone que la firmeza de la propuesta deriva de la protección dispensada por la ley al destinatario que podría resultar perjudicado y no de la voluntad unilateral del proponente [pág. 248].

## SECCION 3ª SISTEMA DEL CODIGO CIVIL DE 1928

128. *Oferta con plazo.* El artículo 1804 dice que: "Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo."

"El autor de la oferta no está autorizado a retirarla durante el plazo por el cual se ha comprometido, porque está obligado unilateralmente, por la ley misma, durante todo el plazo para aceptar" [Rossel, tomo I, núm. 32].

"La oferta, desde que se emite, vale como expresión de la voluntad del policitante; hay más, es una voluntad que ya se ha ligado ella misma, en este sentido que la oferta no puede revocarse, durante cierto plazo, sea expreso, sea tácito" [Saleilles, *Etude sur la Théorie générale de l'obligation*, etc., núm. 138, pág. 142]. De lo expuesto resulta que la obligación del autor de la oferta tiene como fuente la ley y la voluntad unilateral de su autor, de acuerdo con el criterio adoptado en el número 47 de este libro.

129. *Oferta sin plazo.* Cuando la oferta se haga sin fijación de plazo, para aceptarla, hay que distinguir si la persona a quien se hace la oferta está presente o está ausente.

En el primer caso, el proponente sólo queda obligado por un momento, pues si no se hace inmediatamente la aceptación, queda desligado [artículo 1805].

En el segundo caso, según el artículo 1806, el autor de la oferta quedará ligado durante tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones.

Aquí conviene observar que el policitante no puede, con eficacia alguna, retirar su propuesta mientras está ligado [véase núm. 128 de este libro].

130. *Contrato por teléfono.* El Código de 1928 [art. 1805] resuelve la cuestión relativa a los contratos que se celebran por teléfono, en el sentido de considerarlos sujetos para su formación a la regla de los contratos que se celebran entre presentes.

131. *Sistema adoptado.* El mismo Código, en su artículo 1807, con toda precisión, determina que el sistema que adopta para la formación del contrato es el de la recepción [Thur, t. I, párrafo 22, pág. 146 y 147], diciendo: "El contrato se forma en el momento en que el proponente *recibe* la aceptación, estando ligado por su oferta según los artículos precedentes." Lo cual significa que si el proponente recibe la aceptación dentro del plazo a que se refieren, ya el artículo 1804, ya el artículo 1806, el contrato se forma, aun cuando él ya no quiera sostener su oferta, y que si recibe la aceptación extemporáneamente queda desligado y no se formará el contrato [Rossel, t. I, núm. 32; en el mismo sentido, Thur, párrafo 24, pág. 164].

132. *Excepción.* El artículo 1808 establece una excepción, muy razonable por cierto, a las reglas expuestas, cuando dice: "La oferta se considerará como no hecha, si la retira su autor y el destinatario recibe la retractación antes que la oferta. La misma regla se aplica al caso en que se retire la aceptación."

133. *Referencia.* El Código de 1928, en sus artículos 1809 y 1810, concuerda con los artículos 1295 y 1293 del Código de 1884. [Véase números 126 y 125 de este libro.]

## SECCIÓN 4ª CAMBIO EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

133 *bis.* El artículo 80 del Código de Comercio, en su texto original, preveía el sistema de la expedición; ahora a partir de 2000 acoge el de la recepción.

## CAPÍTULO CUARTO

### *Contratos de adhesión*

134. BIBLIOGRAFÍA. SALLÉ, *L'evolution technique du contrat et ses conséquences juridiques*, chapitre II; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, t. VI, números 122-125; DEREUX, "De la nature juridique des contrats d'adhésion" (*Revue trimestrielle de Droit Civil*, année 1910, t. IX, págs. 503 et sigs.); RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, núms. 55 y sigs.; CARRARA, *La formazione dei contratti*, págs. 244-251; DEMOGUE, t. II, núms. 616-631; BONNECASE, *Précis de pratique judiciaire et extranjudiciaire*, núms. 95-107 *bis*; GENY, *Des droits sur les lettres missives*, t. I, núm. 29; PLANIOL, t. II, número 972 *bis*; COLIN et CAPITANT, t. II, núm. 9; HÉMARD, t. II, núms. 1123-1125; JOSSERAND, t. II, núms. 32, 33 et 400; LOUIS-LUCAS, *Volonté et cause*, páginas 250-258; SALEILLES, *De la déclaration de Volonté*, pág. 229, núms. 88-91; DUGUIT, *Las transformaciones del Derecho privado*, etc., págs. 117-121; DUGUIT, *Traité de Droit constitutionnel*, 2e. éd., pág. 274; MORIN, *La révolte des faits contre le Code Civil*, págs. 20 et sigs.; MORIN, *La loi et le contrat*, págs. 111 et sigs.



135. *Antecedente.* Mi estudio "Los contratos de adhesión", publicado en *Jus, Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, t. I, núm. 1, de 15 de agosto de 1938.

## SECCION 1ª CARACTERES

136. *Cuál es el elemento característico.* El elemento esencial que permite caracterizar jurídicamente a estos contratos es bastante difícil de determinar [Planiol, Ripert et Esmein, t. VI, núm. 122].

Se pueden distinguir en los autores seis particularidades del contrato de adhesión: "La oferta se hace a una colectividad; el convenio es obra exclusiva de una de las partes; la reglamentación del contrato es compleja; la situación del que ofrece es preponderante; la oferta no puede ser discutida; el contrato oculta un servicio privado de utilidad pública" [Sallé, *L'evolution thechnique du contrat*, núm. 15, págs. 48-49].

"Parece que la preponderancia de la voluntad de uno de los contratantes, imponiéndose hasta cierto punto a la otra, es lo que caracteriza verdaderamente al contrato de adhesión [Sallé, núm. 15, pág. 51].

137. *Enumeración.* Se citan como contratos de adhesión el de seguros, el de transporte, los reglamentos de un taller, todos los casos en los cuales un particular usa de un servicio público: correos y telégrafo, suscripción con las compañías concesionarias de gas y de electricidad [Sallé, núm. 12, páginas 39-40].

## SECCION 2ª DISCUSION SOBRE SU NATURALEZA JURIDICA

### I. ACTO UNILATERAL

138. *Indicación general.* Dicen Planiol, Ripert y Esmein [t. VI, número 123]: "Ciertos autores, impresionados por la desigualdad de situación de las partes, declaran que en los pretendidos contratos de adhesión falta, por un lado, la voluntad libre y esclarecida sin la cual no hay contrato verdadero... Para ellos se trata de un acto unilateral emanado de una autoridad privada y cuyos efectos, una vez dada la adhesión por un tercero, se determinan por la sola voluntad del oferente."

139. *Saleilles.* Dice este autor: "Hay pretendidos contratos que no tienen de contrato sino el nombre y cuya construcción jurídica está por hacer... a los que se podría llamar... los contratos de adhesión en los cuales hay el predominio exclusivo de una sola voluntad, obrando como voluntad unilateral, que dicta su ley, no ya a un individuo, sino a una colectividad indeterminada y que se obliga de antemano, unilateralmente, salvo la adhesión de los que quisieren aceptar la ley del contrato y aprovecharse de esta obligación ya creada sobre sí mismo" *[De la Déclaration de Volonté,* núm. 89, págs. 229-230].

140. *Argumentos en pro del acto unilateral.* Sallé da a conocer los siguientes argumentos esgrimidos a favor de la tesis anticontractual (que no acepta): "¿En dónde encontrar en un contrato de transporte, un contrato de trabajo o un contrato de seguro, la manifestación de la común intención de los contratantes? La gran compañía de caminos de fierro, la dirección de la empresa, la compañía de seguros, que redactan el indicador, el reglamento del taller o la póliza, ofrecen al público un contrato ya formado, cuyas cláusulas están ya impresas, al cual no falte sino pocas cosas: un precio, una fecha, una firma, o solamente la manifestación de una voluntad tácita. El viajero que se presenta en la ventanilla de la compañía de camino de fierro, el cliente del seguro o el obrero que se contrata, no pueden aportar ninguna modificación al contrato formado. Por lo demás, en la mayoría de los casos, el viajero, el obrero o el asegurado no se habrá tomado la pena de leer las múltiples cláusulas de la oferta, y solamente habrá preguntado el precio del billete, el monto del salario y el trabajo que se pide, la indemnización y la prima ofrecidas... Pero hay más, la adhesión del contratante al contrato que se le propone no es libre. Es necesario al viajero tomar el ferrocarril, al obrero trabajar, al asegurado contratar un seguro; ahora bien, la compañía ferroviaria tiene un monopolio, y el obrero y el asegurado no encuentran en ninguna parte condiciones más ventajosas, en razón del desequilibrio económico, casi absoluto, que hace imposible toda discusión entre el oferente y ellos" [Sallé, núm. 12, páginas 37-39].

141. *Duguit.* Agrega este autor: "El caso más sencillo de lo que muchos jurisconsultos llaman contrato de adhesión, es el que todo el mundo conoce, el del distribuidor automático. El industrial o la administración que establece en un lugar público un distribuidor de ese género, crea con esto un estado de hecho tal que todo individuo que coloca en el aparato la moneda indicada, se hace acreedor del objeto anunciado en dicho aparato o de la restitución de la moneda. Se dice: hay un contrato de adhesión, porque el que hace uso del distribuidor se adhiere a un cierto estado de hecho y, precisamente, esta adhesión es la que constituye el contrato... sostengo que es un error querer referir el acto de que hablo al contrato clásico. No tenemos aquí dos voluntades en presencia una de otra, que



entran en contacto y se ponen de acuerdo... Tenemos una voluntad que, en efecto, ha establecido un estado de hecho y no una situación jurídica individual, un estado de hecho de orden general y permanente, y otra voluntad que quiere aprovecharse de este estado de hecho. En realidad, la situación de derecho subjetivo nace de la voluntad unilateral de aquel que, usando del aparato distribuidor, quiere crear una situación jurídica... Lo mismo diré... respecto del acto por el cual todo individuo que queriendo usar de un servicio público, paga la tasa determinada por la ley de ese servicio. El ejemplo más característico es el que cada uno de nosotros da todos los días cuando franquea una carta y la pone en el correo... Los civilistas nos dicen que se celebra entonces un contrato entre el estado porteador y el remitente... No hay contrato, sino... un acto unilateral por parte del remitente..." *[Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón,* traducción de Posada, págs. 118-120.]

142. *Bonnecase.* Este autor, después de decir que los convenios tipos (y en consecuencia los contratos de adhesión) tienen más de ley que de contrato, establece el siguiente principio: "Los convenios-tipo se interpretan según el método aplicable a la interpretación de la ley, con esta precisión, que en caso de duda, se interpretan contra el autor de su redacción y en favor de la parte que haya aportado su adhesión", y agrega: "El principio reviste todo su alcance concreto si se considera el Derecho marítimo... las cartas de las corporaciones marítimas traducidas por los conocimientos-tipo y las pólizas de seguros-tipo... tienen mucho más de la ley que del contrato, con ellas está uno en presencia de verdaderos Códigos corporativos unilaterales... como precisamente los convenios-tipo, de una manera general, emanan de corporaciones que no tienen nada de la autoridad del legislador, estos convenios deben interpretarse en caso de duda en favor de los que, bajo la presión de tal o cual necesidad, han aportado su adhesión a los estatutos o cláusulas generales cuya sustancia está hecha y contra los redactores de dichos estatutos y cláusulas. Esto es, en cierto modo, una aplicación indirecta del artículo 1162 del Código Civil" *[Précis de Pratique Judiciaire et Extrajudiciare,* núm. 126]. Este artículo está concebido en estos términos: "En la duda, el convenio se interpreta contra aquel que ha estipulado y en favor del que ha contraído la obligación." [Véase artículo 21 del Código de 1884 y art. 20 del Código de 1928.]

## II. Contrato

143. *Opinión general* La mayoría de los civilistas [Planiol, Ripert, Esmein, Colin et Capitant, Hémard, Demogue, Geny, Josserand, Sallé, Dereux y Carrara] se rehusan a reconocer en los contratos de adhesión una categoría jurídica que se diferencie con certidumbre de los otros contratos. En ellos una voluntad común es generadora de la relación jurí-

dica y debe presidir a su interpretación [Planiol, Ripert et Esmein, t. VI, núm. 123, pág. 157].

144. *Geny.* Este autor afirma que la verdadera naturaleza del contrato civil implica solamente el encuentro de dos voluntades, exentas de vicios, sobre un objeto de interés jurídico, de cualquiera manera que se le haya fijado, naturaleza que ninguna persona podría negar a los contratos de adhesión *[Des droits sur les lettres missives,* t. I, núm. 29, pág. 54].

145. *Dereux.* Este jurista, en su estudio denominado *De la Nature Juridique des Contrats d'adhésion,* expone en primer lugar, las principales consideraciones que pueden militar en favor de la teoría clásica. Entre ellas hace valer las siguientes: "En realidad —dice— los actos por adhesión son contratos; y para dar de ello una prueba directa, consideramos sucesivamente la manera como nacen y sus efectos jurídicos. ¿Cómo nacen? Presuponen necesariamente una común voluntad de dos o varias personas. En efecto, ¿puede uno concederles existencia antes del momento en que se ha producido la adhesión?... todo el mundo reconoce que para poner en vigor los actos que estudiamos, la adhesión de un tercero es necesaria... Consideremos ahora los efectos de los actos por adhesión. Que el adherente esté obligado en la medida en que ha aceptado estarlo, es enteramente natural; no es sino una aplicación normal de la teoría de los contratos." Y después de tratar de la teoría anticontractual y de refutarla da a conocer su opinión, diciendo: "La doctrina que creemos justa es en principio contractual. Pero, a diferencia de los autores clásicos, nos esforzamos por eliminar de esta materia toda ficción y no tener en cuenta sino las voluntades reales de las partes. Así somos conducidos a considerar en los contratos por adhesión dos especies de cláusulas: las cláusulas esenciales, que son generalmente verbales o manuscritas y las cláusulas accesorias, que son generalmente impresas. La mayor parte de las veces, ambas partes aceptan a sabiendas y libremente las cláusulas esenciales. En cuanto a las otras, el adherente conoce o comprende mal su tenor y el alcance que pueden tener si se les toma a la letra: las considera como destinadas simplemente a precisar o a completar las obligaciones que resultan de las cláusulas presentadas a él como principales y no como debiendo de una manera disimulada, desnaturalizar o modificar gravemente la esencia del contrato. En consecuencia, a nuestro juicio, las cláusulas accesorias no deben producir efecto jurídico contra el adherente si no es que tienen por resultado precisar o completar las cláusulas esenciales, pero no si vienen a producir una metamorfosis subrepticiamente en la esencia del contrato... Como se ve, según nosotros, los actos por adhesión son contratos y sus efectos deben determinarse por la común voluntad de las partes; pero por esto mismo, es preciso respetar la jerarquía que, en la declaración de voluntad de los contratantes, existe entre las diversas cláusulas de un contrato. El respeto del espíritu de las cláusulas esenciales debe dominar todo... Tenemos a la vista una póliza



de seguro: consideraremos, por ejemplo, lo que es relativo al pago de la prima. Una cláusula manuscrita indica que el asegurado deberá pagar 32 francos por año. Después, diversas cláusulas impresas nos hacen saber que la prima es pagadera en cuatro fracciones iguales, al principio de cada trimestre, que deberá pagarse en las oficinas de la compañía y que el asegurado tendrá un plazo de gracia de quince días. Hemos creído hasta ahora que tanto para la compañía de seguros cuanto para el asegurado, lo importante era sobre todo saber lo que este último debía pagar. ¿Debe desembolsar 32 francos, o 50 francos, o 100 francos? Esto nos parece particularmente interesante aun para el asegurador que debe recibir esta prima. Por el contrario, nos parece de interés secundario para ambas partes que esta suma fuese pagada en cuatro o tres veces o en un solo pago, y también que fuese pagada en las oficinas de la compañía o en el domicilio del asegurado... En los contratos por adhesión llamamos cláusulas esenciales aquellas que el oferente y el adherente, en vista de las circunstancias del contrato, han debido considerar como esenciales para ambas partes y sólo éstas pueden engendrar efectos jurídicos esenciales. Las otras, consideradas al menos por una de las partes como accesorias, no deben producir sino efectos accesorios: así lo quieren los principios de buena fe y de equidad que rigen la materia de los actos jurídicos en el Código Civil" *[Revue Trimestrielle de Droit Civil,* année 1910, tomo IX, págs. 503-541].

146. *Nuestras leyes.* De los contratos de adhesión, el de seguros y el de transportes han sido reglamentados por el Código Civil de 1884 y por el Código de Comercio, considerándolos como contratos. El Código Civil de 1928 en su capítulo "De la declaración unilateral de la voluntad", se refiere a los distintos actos que considera con el carácter de unilaterales, y entre ellos no comprende el contrato de adhesión. Por lo que debemos seguirlo considerando como verdadero contrato. La Ley de 26 de agosto de 1935, que derogó el Código de Comercio en materia de seguros, también considera a éstos como contratos.

## CAPÍTULO QUINTO

### *El acto colectivo y la unión, según Duguit*

147. *Breve indicación.* Duguit, a ciertos contratos les niega este carácter. A unos, como son la sociedad por acciones y la asociación, los considera como una pluralidad de declaraciones unilaterales de voluntad concurrentes, a consecuencia de las cuales se forma una regla objetiva, una verdadera ley material del nuevo grupo, al cual pueden adherirse por una declaración unilateral posterior todas las personas que, reuniendo las condiciones fijadas por los estatutos declaran aceptarlos y someterse a ellos; a tales actos los designa con el nombre de actos colectivos. A otros como

son el matrimonio y el contrato colectivo de trabajo, los considera como convenios, sin ser contratos, en los que dos o varias personas entran en relación y se ponen de acuerdo sobre un punto determinado, pero a consecuencia de este acuerdo no se ve aparecer una situación jurídica subjetiva, una relación de acreedor y de deudor, sino que se percibe, al contrario, el nacimiento de una regla permanente o de una situación jurídica objetiva, de un estado, y les llama Unión *[Traité de Droit constitutionnel*, 2e. éd., tomo I, págs. 294, 299, 302 et 303].

148. *Referencias sobre su crítica.* Las ideas de Duguit han sido criticadas por Geny en su estudio denominado "Les bases fondamentales du Droit Civil en face des théories de L. Duguit", publicado en el *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, année 1922, t. XXI, págs. 823-829, números 22-23, estudio reproducido en el libro del mismo Geny *Science et Technique en Droit privé positif*, t. IV, págs. 206-212, números 22-23. Además, puede verse la obra de Bonnecase, *Supplement au Traité théorique et pratique de Droit Civil par G. Baudry-Lacantinerie*, etc., t. II, números 335-344, y Josserand, *Cours de Droit Civil positif français*, t. II, números 14-16.

El examen de las ideas de Duguit y de su crítica lo dejamos para el estudio de los contratos en particular.

## TÍTULO TERCERO

## EL OBJETO

149. *Antecedente.* El que cito en el número 195 de este libro.

150. *Tabla A*

C. a. 680.—C. P. 370.—C. v. 747.
" " 681.—C. P. 371.—C. v. 748.
" " 682.—C. P. 372.—C. v. 749.
" " 1272.—C. P. 641.—C. N. 1101.—C. v. 1793.
" " 1279.—C. P. 643.—G. 985.—C. N. 1108.—C. v. 1794 y 1795.
" " 1280.—G. 998, párrafo 2°.—C. N. 1133.—C. v. 1830.
" " 1304.—C. P. 669.—G. 995.—C. v. 1827.—I. y 1828.
" " 1305.—C. P. 670.—C. v. 1829.
" " 1306.—C. P. 671.
" " I.—C. P. 671. 1°—C. N. 1128.—C. v. 1825, 3°.
" " II.—C. P. 671. 2°.
" " III.—C. P. 671. 3°—C. N. 1129.—G. 996.—C. v. 1825. 2°.
" " IV.—C. P. 671. 4°—G. 994.—C. N. 1133.—C. v. 1827. II.
" " 1422.—C. P. 710.—C. N. 1126.
" " 1435.—C. P. 714.—C. v. 2011.
" " 1436.—C. P. 715.—C. N. 711 y 1138.—G. 981.—C. v. 2014.
" " 1437.—C. P. 716.—C. v. 2015.
" " 1668.—G. (véanse los arts. sigs.).—C. v. 1895.
" " 1669.—G. 1192.—C. E. 1305.—C. v. 1895.
" " 1670.—G. 1192.—C. E. 1305.—C. v. 1895.
" " 1671.—G. 1193.—C. E. 1306.—C. v. 1895.
" " 1672.—G. 1193.—C. E. 1306.—C. v. 1895.
" " 2835.—C. N. 1601.

150 *bis*. *Tabla B*

C. v. 747.—C. a. 680.
" " 748.—C. a. 681.
" " 749.—C. a. 682.
" " 1793.—C. a. 1272.

„ „ 1794.—P. F. I. 10.—C. a. 1279.
„ „ 1795.—P. F. I. 11.—C. a. 1279.
„ „ 1824.—C. N. 1126.
„ „ 1825.—C. N. 1130.—C. a. 2835 y 1306. III y I.
„ „ 1826.—C. N. 1130.—C. a. 2806 y 2833.
„ „ 1827.—Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núms. 288. C. a. 1279, III.
„ „ 1828.—Ferrara, *Teoría del Negozio Illecito*, etc., págs. 7 y 10.—C. a. 1306.
„ „ 1829.—C. a. 1305.
„ „ 1830.—Ferrera, *op. cit.*, pág. 3.
„ „ 1895.—C. a. 1668-1672.
„ „ 2011.—C. a. 1435.
„ „ 2014.—C. a. 1436.
„ „ 2015.—C. a. 1437.
„ „ 2224.—Bonncase, *Suppl.*, t. III, núms. 79 y 83.
„ „ 2225.—Bonnecase, *op. cit.*, t. III, núms. 92 *bis* y 109.

151. BIBLIOGRAFIA. PLANIOL, t. II, núms. 997-1016; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XII, núms. 243-294, 328 et 364-367; DEMOGUE, t. II, números 748-772 *bis;* COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 51-55; HÉMARD, t. I, números 261-268, et t. II, núms. 1126-1135; DEMOLOMBE, t. I, núms. 299-343; GIORGI, t. I, núms. 225-232 y nota, t. III, núms. 283-302, 311-313, 374- 408-411, 424-436, t. IV, núms. 168-177; POLACCO, t. I, núms. 33-39; GARCÍA GOYENA, Comentario a los artículos citados en la *Tabla A;* MANRESA, t. VIII, págs. 660-675; DIAS FERREIRA, t. I y II, Comentarios a los artículos del C. P. citados en la *Tabla A;* CUNHA GONÇALVES, t. III y IV, Comentarios a los mismos artículos; FERRARA, *Teoria del Negozio Illecito nel Diritto Civile Italiano*, 2ª edizione, núms. 1-32, 44, 46-60, 69-114; RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, núms. 23-30, et núms. 37-39; BONNECASE, *Suppl.*, t. VI, núms. 41-54; BONNECASE, *Précis*, t. II, núm. 436; AUBRY et RAU, t. IV, párrafo 344; BEUDANT, núms. 171-205; BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis*, t. II, núms. 59-69; BUFNOIR, núms. 510-518; CARBONI, núms. 83-90; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, tomo VI, núms. 218-247; GAUDEMET, págs. 89-96; RIPERT et BOULANGER, tomo II, núms. 244-259.

## CAPÍTULO PRIMERO

### *En qué consiste el objeto*

152. *Diferentes significaciones.*—Ya hemos visto que el artículo 1279 del Código de 1884, entre las condiciones para la validez del contrato enumera el objeto materia del mismo, y que el artículo 1794 del Código de 1928 dice: "Para la existencia del contrato se requiere... II. Objeto que pueda ser materia de contrato." ¿Qué debemos entender por objeto del contrato? Su objeto directo es la creación o transmisión de obligaciones o



derechos [arts. 1272 del C. a. y 1793 del C. v.], y el objeto de las obligaciones es una prestación positiva o negativa [Planiol, t. II, núms. 997-999]: la dación de una cosa, el hecho que debe ejecutar el deudor o la abstención a que está sometido [Beudant, núm. 196]. El objeto de la obligación se considera también como el objeto indirecto o mediato del contrato que la engendra [art. 1422 del Código de 1884; Giorgi, t. III, núm. 283; Planiol, t. II, núm. 997 y su nota]. Así, por ejemplo, el contrato de venta tiene por objeto crear la obligación de entregar la cosa vendida; la entrega de ella es el objeto directo de la obligación y el indirecto del contrato. Por último, aun la cosa misma se considera como objeto de la obligación y del contrato [Beudant, núm. 197; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, número 243; Baudry Lacantinerie, *Précis*, t. II, núm. 61]. Por eso, los artículos 1304 a 1306 del Código de 1884, se refieren indistintamente a cosas y a hechos, tratando del objeto de los contratos, y el artículo 1824 del Código de 1928 [siguiendo el art. 1126 del Código Napoleón] ha podido decir: "Son objeto de los contratos: I. La cosa que el obligado debe dar. II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer."

153. *Observación* Teóricamente, el estudio del objeto corresponde más bien a la materia de las obligaciones en general; pero como la mayor parte de las cuestiones relativas al objeto se refieren a las obligaciones contractuales, los autores, por esta consideración práctica, tratan del objeto a propósito de los contratos *[Giorgi*, t. III, núm.283, y t. I, núm. 226].

## CAPÍTULO SEGUNDO

### *Prestación de cosas*

### SECCION 1ª CASOS QUE COMPRENDE

154. *Textos legales.* El artículo 1435 del Código de 1884, en el capítulo de prestaciones de cosas, y el artículo 2011 del Código de 1928, en el capítulo de las obligaciones de dar, dicen: "La prestación de cosas puede consistir: I. En la traslación del dominio de cosa cierta: II. En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta: III. En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida."

155. *Comentario de Dias Ferreira.* Estos artículos son una reproducción casi literal del artículo 714 del Código Civil Portugués, refiriéndose al cual, dice Dias Ferreira [t. II, núm. 49]: "Diferentes son las reglas a que está sujeta la prestación de cosa por efecto del contrato, según consista en la enajenación de la propiedad como en la venta, en la enajenación temporal del uso o goce como en el arrendamiento, en la restitución de cosa ajena como en la prenda o en el pago de cosa debida como en el mutuo... Las palabras 'cosa cierta', abrazan tanto las cosas ciertas y determinadas de

que se habla en el artículo siguiente como las cosas indeterminadas de cierta especie a que se refiere el artículo 716."

## SECCION 2ª TRASLACION DE LA PROPIEDAD

156. *Derecho Romano.* La *mancipatio*, la *in jure cessio* y la *traditio*, fueron los procedimientos o modos que tenía el propietario para transferir voluntariamente su propiedad a otro [Girard, pág. 296]: los primeros pertenecieron al derecho antiguo, y a la época de Justiniano la *traditio*, que consistía en la entrega de una cosa hecha por el propietario a otra persona, con la intención de ambas partes de que la última viniera a ser propietaria del objeto entregado [Maynz, tomo I, párrafo 105]. Se decía: *traditionibus... dominia rerum, non nudis pactis, transferuntur*, "el dominio de las cosas se transfiere por la tradición... no por nudos pactos", no por el solo contrato [Maynz, *loc, cit.]*, que únicamente servía para producir obligación.

157. *El principio moderno.* Como resultado de una evolución, que comenzó en el Derecho Romano y que continuó en el Derecho antiguo francés [Planiol, t. I, núms. 2591-2595], el Código Napoleón abandonó la regla que hacía necesaria la entrega de la cosa para la transmisión de su propiedad, y estableció el principio moderno [artículos 711 y 1138 C. N.] que pasó al Código Portugués [arts. 715 y 716] y, de éste, a los artículos 1436 y 1437 del Código de 1884, reproducidos por los artículos 2014 y 2015 del Código de 1928.

El artículo 1436 del Código de 1884, dice: "En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición, ya sea natural, ya simbólica; salvo convenio en contrario" y el artículo 2014 del Código de 1928, sustituye las palabras "salvo convenio en contrario", por éstas: "debiendo tenerse en cuenta las disposiciones relativas del Registro Público". Ahora bien, según los artículos 3007 y 3042, fracción I, la transmisión del dominio sobre los inmuebles si no está registrada sólo produce efectos entre los otorgantes; pero no podrá producir perjuicios a terceros [en el mismo sentido los artículos 3193 y 3194 del Código de 1884].

Segun los artículos 1437 del Código de 1884, y 2015 del Código de 1928: "En las enajenaciones de alguna especie indeterminada la propiedad no se transferirá sino hasta el momento en que la cosa se hace cierta y determinada con conocimiento del acreedor."

158. *¿Efecto mediato o inmediato del contrato?* Según Baudry-Lacantinerie et Barde [t. XII, núm. 365], la transmisión de la propiedad no es sino un efecto mediato del contrato, en este sentido, que es solamente el resultado de la ejecución de la obligación de transferir la propiedad que este contrato ha engendrado. Así, la venta hace nacer una obligación de transferir la propiedad a cargo del vendedor, y la ejecución de esta obligación es la que hace propietario al *comprador*. En el mismo sentido se expresa Planiol [t. II, núm. 944]: "Se dice que el contrato puede también tener por objeto la transmisión de un derecho [Aubry et Rau], pero esto no es sino una apariencia: la traslación del derecho es la consecuencia de la creación de la obligación de dar, la cual se encuentra ejecutada tan pronto como es creada [t. I, núms. 2589-2595] y los contratos no son traslativos, sino porque son obligatorios." Bonnecase *[Supplement*, t. II, núm. 449], difiere de las opiniones anteriores y sostiene que a la función del contrato se debe la transmisión de la propiedad y demás derechos reales, sin necesidad de que intervenga para este resultado la obligación de dar. A favor de esta opinión parecen estar las definiciones que del contrato dan nuestros Códigos [arts. 1272 del C. a., y 1793 del C. v.] y el tenor de los artículos 1436 del Código de 1884, y 2014 del Código de 1928.



159. *Derecho comparado.* El principio romano subsiste en el Código Argentino [art. 577. Véase Salvat, obligaciones, núms. 319-321, y Colmo, 326 a 330], en el Código Español [arts. 609 y 1095, y Manresa, t. VIII, pág. 36] y en el Código Civil Suizo [art. 714 y Rossel et Mentha, t. II, núm. 1330]. El Código Civil Alemán "distingue los actos creadores de obligaciones y el contrato abstracto de enajenación o contrato real, que necesita, en cuanto a la traslación de la propiedad inmueble, la intervención de un oficial judicial y la inscripción del acto en el Registro Público. Artículo 925... En cuanto a la propiedad mueble, su traslación no se opera, sea entre las partes, sea respecto de los terceros, en el sistema del Código Alemán, sino por un convenio especial seguido de la tradición. Artículo 929" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 367, pág. 417. Véase Saleilles, *Étude sur la Théorie générale de l'obligation*, etc., y anotaciones de Challamel sobre los arts. 873, 925 y 929 del Código Alemán. *Code Civil Allemand, traduit et annoté*, t. II, núm. 461 y sigs.].

## SECCION 3ª COSAS POSIBLES E IMPOSIBLES

### I. Enumeración

160. *Código de 1884.* Según este Código, la cosa objeto del contrato debe ser física o legalmente posible [art. 1304], no será considerado como físicamente imposible sino aquello que lo sea de un modo absoluto, por razón de la cosa [art. 1305], y son legalmente imposibles las cosas cuya especie no es ni puede ser determinada [art. 1306, III] y las cosas que están fuera del comercio [art. 1306-I].

161. *Código de 1928.* Para este Código, son físicamente imposibles las cosas que no existen y no pueden existir en la naturaleza, y son legal o jurídicamente imposibles las que no son determinadas o determinables en

cuanto a su especie, y las que están fuera del comercio [arts. 1825 y 1826]. Todos éstos son objetos que no *pueden* ser materia de contrato [artículo 1794].

161 *bis. Referencia.* El contrato que tiene por objeto una cosa imposible es inexistente, como se verá después [núm. 171].

### II. La cosa debe existir en la naturaleza

162. *Textos legales.* Así se desprende de los artículos 1279 fracción III del Código de 1884, y 1794 fracción II del Código de 1928, y lo dice textualmente este Código en su artículo 1825, inciso 1º.

El artículo 2835 del Código de 1884, a semejanza del artículo 1601 del Código Napoleón, hace en la venta la aplicación de esta regla y la aclara diciendo: "Es nula la venta de cosa que ya no existe o que no puede existir."

163. *Cosas futuras.* Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato [art. 1826, C. v. y art. 1130 C. N.]. El legislador ha considerado que, si estas cosas no existen actualmente están a lo menos destinadas a existir [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 247]. En este caso la obligación queda subordinada al nacimiento o a la producción de la cosa [Planiol, t. II, núm. 1008]. Así, por ejemplo, puede ser objeto de venta una cosecha de maíz que se espera obtener de una siembra hecha [art. 2807 C. a.]. "Las ventas comerciales son frecuentemente ventas de cosas futuras: así sucede sobre todo tratándose de pedidos hechos a fabricantes, que, en el momento en que los aceptan, no tienen, en general, los productos que se obligan a entregar en un plazo dado, y a menudo no tienen ni las materias primas necesarias para fabricarlos" [Planiol, t. II, número 1008].

### III. La cosa debe ser determinada o determinable en cuanto a su especie

164. *Textos legales.* El Código de 1884, en su artículo 1306, dice: "Son legalmente imposibles... III. Las cosas cuya especie no es ni puede ser determinada", y el Código de 1928, en su artículo 1825, dice: "La cosa objeto del contrato debe... 2º Ser determinada o determinable en cuanto a su especie."

165. *Comentario.* Baudry-Lacantinerie et Barde se expresan en estos términos: "Si el vínculo de la obligación es de tal manera elástico que el deudor pueda librarse ejecutando una prestación irrisoria, es decir, una prestación nada onerosa para él y sin utilidad para el acreedor, la obligación será núla. Así lo sería en dos casos: 1º Si el objeto de la obligación no estuviese determinado sino en cuanto a su género, por ejemplo, si el deudor se ha obligado a entregar un animal, sin decir de qué especie; porque el deudor podría, sin salirse de los términos del contrato, entregar al acreedor un animal de ningún valor o aun un animal nocivo; 2º Si la cosa objeto de la obligación fuese de aquellas que no pueden ser útiles sino a condición de ser prestadas en cierta cantidad, y el contrato no contuviese base alguna para determinar la cantidad por entregar, por ejemplo, si el deudor ha prometido trigo o vino, sin decir qué tanto; porque podría entonces, quedando siempre en los términos del contrato, librarse entregando algunos granos de trigo o algunas gotas de vino, es decir, ejecutando una prestación irrisoria. Cuando la cosa que constituye el objeto de la obligación no es fungible, está forzosamente determinada en cuanto a su individualidad... Cuando la cosa es fungible, decimos que está determinada no en cuanto al individuo, sino en cuanto a la especie. Así, puedo válidamente obligarme a dar un caballo, sin decir cuál. Aquí el objeto de la obligación no está solamente determinado en cuanto a su género, como sucedería si hubiese dicho un animal, sino que también lo está en cuanto a su especie. La especie no es otra cosa que una limitación del género; pero la limitación debe ser bastante precisa para que el vínculo de la obligación sea serio; no presentaría este carácter, si se hubiese dicho un cuadrúpedo o un mamífero... Hemos agregado que, si la cosa objeto de la obligación es fungible, debe ser determinada o al menos determinable en lo que concierne a la cantidad. No es necesaria en el momento del contrato la cantidad o, como dice la ley, que la cantidad sea numéricamente precisada. Basta que el contrato contenga los elementos que permitirán ulteriormente llegar a una precisión bastante completa. Así puedo, válidamente, obligarme a suministraros la paja necesaria para el alimento de vuestro caballo, o el carbón necesario para el consumo de vuestra fábrica durante un año... Más aún, el contrato es válido aunque no determine en grado alguno la cantidad y sea mudo en cuanto a ella, si la circunstancia o los usos relativos a los contratos de esta naturaleza permiten precisarla sin que las partes tengan que celebrar sobre este punto otro convenio" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núms. 282, 283 et 284; Planiol, t. II, núm. 1001. Véase, además, Demogue, t. II, núm. 767 y los autores que cita].



### IV. La cosa debe estar en el comercio

166. *Cosas fuera del comercio.* Este requisito lo exigen los artículos 1306 del Código de 1884 y 1825 del Código de 1928, que respectivamente dicen: "Son legalmente imposibles... I. Las cosas que están fuera del comercio, por la naturaleza o por disposición de la Ley" y "La cosa objeto del contrato debe... 3º Estar en el comercio." Las cosas pueden

estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la Ley [C. a., art. 681, y C. v., art. 748]. Lo están por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente [C. a., art. 682, y C. v., art. 749], como el aire, el mar; y por disposición de la Ley las que ella declara irreductibles a propiedad particular [C. a. art. 682, y C. v., artículo 749], como son las cosas que forman parte del dominio público. [Véase la Ley General de Bienes Nacionales de 22 de diciembre de 1981, publicada en el *Diario Oficial* de 8 de enero de 1982.] [Baudry-Lacantinerie et Barde tomo XII, núm. 248.] Asimismo, están fuera del comercio las funciones públicas. "Todo contrato, por el cual un funcionario público se obliga a renunciar para dejar el campo libre a otra persona que se obliga, en cambio, a pagarle cierta suma de dinero, es radicalmente nulo... todo contrato de sociedad que el titular de un oficio celebra con uno o varios individuos para la explotación de este oficio se tiene por no celebrado" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núms. 248. 250 y 252].

167. *Incomerciabilidad e inalienabilidad.* Por último, Ferrara enseña que: "Incomerciabilidad no es sinónimo de inalienabilidad, porque si las cosas fuera del comercio son inalienables, la inversa no es verdadera, pudiendo una cosa estar prohibida de enajenación y, sin embargo, encontrarse en propiedad privada. La incomerciabilidad es sustracción al régimen jurídico privado en la totalidad de sus relaciones, incapacidad de formar parte del patrimonio. Así, hay cosas que están en el patrimonio individual, pero de las cuales la transmisión está impedida o limitada, sea en interés general, sea en interés de determinadas personas especialmente protegidas o por razones particulares" *[Tratatto di Diritto Civile Italiano,* t. I, número 162].

## CAPÍTULO TERCERO

### *Prestación de hechos*

### SECCION 1ª HECHO POSIBLE Y HECHO IMPOSIBLE

168. *El principio.* A lo imposible nadie está obligado, dice un prolo-quio que se impone aún al legislador [Planiol, t. II, número 1006]. Por eso, según el artículo 1304 del Código de 1884, el objeto del contrato debe ser física o legalmente posible, y la fracción I del artículo 1827 del Código de 1928 dice que el hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser posible [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 288].

169. I. *Hecho físicamente imposible.* Es el que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza, que debe regirlo necesariamente, y que constituye un obstáculo insuperable para su realización [art. 1828 del Código de 1928; Ferrara, *Teoría del negozio illecito,* 2ª ed.,



núm. 6, pág. 7]. Así, por ejemplo, si alguno se obliga a hacer que un cuerpo quede substraído a la ley de la gravedad contraerá una obligación con objeto físicamente imposible [Ferrara, *op. cit.,* núm. 6, pág. 7]. El artículo 1305 del Código de 1884, considera físicamente imposible el hecho que no pueda ser ejecutado por la persona obligada, ni por otra alguna en lugar de aquélla, y el artículo 1829 del Código de 1928, dice: "No se considerará imposible el hecho que no pueda ejecutarse por el obligado, pero sí por otra persona en lugar de él.

170. II. *Hecho legal o jurídicamente imposible.* Para el Código de 1884, son legalmente imposibles los actos ilícitos [art. 1306, IV]. Este es un error técnico, como veremos después. El Código de 1928, inspirándose en Ferrara *[op. cit.,* núm. 6, pág. 7, y núm. 7 pág. 10], caracteriza al hecho jurídicamente imposible, diciendo que es el que no puede existir porque es incompatible con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización [artículo 1828]. Ferrara, en la obra citada, agrega que "Imposible jurídico es aquello que por el ordenamiento del derecho positivo no puede verificarse y es incompatible y contradictorio con la existencia del derecho... nótese que con la acción jurídicamente imposible la ley no es sin embargo violada o transgredida, sino que se intenta en vano substraerse a ella. Por lo mismo, lo imposible jurídico se resuelve... en una acción inútil [núm. 7, página 10]... La imposibilidad jurídica no es la trasgresión de la ley... sino lo que según la ley no puede existir porque es contrario a los supuestos lógicos-jurídicos de la misma [núm. 7, pág. 11]... Para que un efecto legal se produzca, la ley ha establecido de modo absoluto ciertas condiciones que preliminarmente deben integrarse para lograr el efecto mismo [núm. 7, pág. 12]... El acto puede ser también imposible cuando el sujeto sea incapaz en relación al objeto... Así, es jurídicamente imposible una transmisión válida de propiedad de una cosa que no nos pertenece o la adquisición del dominio de una cosa que ya es nuestra [núm. 7, página 12]. Lo imposible jurídico puede resultar también de la contradicción de un acto con la esencia de una relación jurídica... Así el derecho de uso y de habitación es un derecho por su naturaleza personal y por lo mismo no puede trasmitirse y cederse a otro" [núm. 7, pág. 13; arts. 938 del Código de 1884 y 1051 del Código de 1928]. El contrato en el que una persona declara obligarse a no revocar su testamento tiene un objeto imposible [arts. 3472 y 3473 del Código de 1884, y art. 1493 del Código de 1928; Ferrara, núm. 7, pág. 13].

171. III. *Inexistencia del contrato con objeto imposible.* Si las partes convienen en que figure como objeto del contrato una cosa o un hecho imposible, el contrato es inexistente. El artículo 1304 del Código de 1884, dice que "es nulo el contrato cuyo objeto es física o legalmente imposible". Ahora bien, ¿a qué clase de nulidad se refiere este precepto? A la doctrina corresponde determinarlo y lo ha hecho en el sentido de que esta nulidad

equivale a inexistencia. [Planiol, t. I, núm. 32; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 245; Laurent, t. XV, núm. 455; Giorgi, t. IV, número 170 a.; Manresa, t. VIII, pág. 629]. El Código de 1928, en su artículo 1794 fracción II, declara inexistente el contrato por la falta de objeto que pueda ser materia de él, y en su artículo 2224 agrega que no producirá efecto legal alguno; no es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción y que su inexistencia puede invocarse por todo interesado.

## SECCION 2ª HECHO LICITO Y HECHO ILICITO

### I. Licitud del objeto

172. *Textos legales.* El objeto del contrato debe ser lícito. Este requisito lo prescriben la fracción III del artículo 1279 del Código de 1884, y la fracción II del artículo 1827 del Código de 1928.

### II. Concepto de la ilicitud y su diferencia con la imposibilidad jurídica

173. *Textos legales.* Artículo 1280 del Código de 1884: "Es lícito lo que no es contrario a la ley o a las buenas costumbres." Artículo 1830 del Código de 1928: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres."

174. *Doctrina de Ferrara y crítica del Código de 1884.* El acto ilícito se realiza efectivamente, aunque violando la ley o la moral *[op. cit.*, número 6, pág. 7]; es lo posible, vedado o reprobado, pero no lo imposible [núm. 6, pág. 9]. Por ejemplo, la ley no quiere que se robe ni que se mate, supuesto que castiga estos hechos el Código penal, y, sin embargo, frecuentemente se cometen robos y homicidios. Si en un contrato *A* se obliga para con *B* a dar muerte a *C*, la prestación que consiste en un homicidio es un objeto ilícito, pero posible. "Imposible es aquello que no puede acaecer por una causa que excluye absolutamente su existencia. A la realización de la acción se opone un obstáculo insuperable; el hecho quedará siempre inejecutado, porque su ejecución es incompatible con una ley que debe regularlo necesariamente" [Ferrara, *op. cit.*, núm. 6, pág. 7].

Por lo expuesto debemos considerar que el Código de 1884 incurre en un error técnico cuando dice que son legalmente imposibles los actos ilícitos [art. 1306, IV].

### III. Actos contrarios a la ley

175. *Distinción.* Recordemos la antigua división de las leyes en permisivas o supletorias, prohibitivas y preceptivas o imperativas, para examinar en contra de cuáles de ellas es posible un acto ilícito [Ferrara, número 8, pág. 16].



#### A. *Actos contra leyes permisivas o supletorias*

176. *Su licitud.* Hay numerosas leyes dictadas con el único fin de determinar los efectos de los contratos, cuando sobre ellos no han expresado su voluntad los contratantes supliendo su silencio [Ferrara, núm. 8, página 16] y que por lo mismo pueden ser derogadas por los particulares. Así, los artículos 1489 del Código de 1884, y 2120 del Código de 1928, determinan que todo el que enajena está obligado a responder de la evicción, aunque nada se haya expresado en el contrato, y los artículos 1491 del Código de 1884, y 2121 del Código de 1928, facultan a los contrayentes a convenir en que no se responda por la evicción. Dada la naturaleza de las leyes supletorias o permisivas es evidente que el hecho de obrar en contra de ellas no es ilícito [Ferrara, núm. 8, pág. 16].

#### B. *Actos contra leyes prohibitivas*

##### 1. Su ilicitud

177. *Ferrara.* "La Ley, ejercitando una función reguladora de las relaciones sociales, provee a que el arbitrio de los ciudadanos en su desenvolvimiento no se ponga en pugna con el interés de la sociedad y por eso circunscribe su campo dentro de confines determinados refrenando la voluntad de los contratantes en todas aquellas manifestaciones que reputa dañosas a la convivencia social y a las necesidades e intereses del comercio. Se tiene así una restricción de la libertad contractual impuesta por la necesidad de salvar al interés colectivo de la preponderancia de la autonomaí privada" [Ferrara, *op. cit.*, núm. 2, pág. 2]. "...Un acto en contra de una prohibición de la Ley es un acto ilícito. Toda prohibición tiene carácter excepcional, en cuanto deroga singularmente al principio de la eficacia de toda declaración de voluntad, que sea manifestada ordenadamente y perfecta sustancialmente. De donde se sigue que todo lo que no está prohibido es lícito; que la prohibición no puede presumirse, sino que debe ser expresa; que en materia de leyes prohibitivas no puede adoptarse una interpretación analógica. Al lado de las prohibiciones singulares que se encuentran esparcidas en los Códigos, la Ley ha establecido también una disposición general prohibitiva (que no por eso pierde el carácter de la singularidad), con la cual una vez, *tantum* y para todos los casos, ha prohibido todos los convenios que tengan un contenido contrario... al orden público" [Ferrara, *op. cit.*, núm. 3, pág. 3; véase arts. 6, 7 y 15 del Código de 1884, y artículos 6 y 8 del Código de 1928].

equivale a inexistencia. [Planiol, t. I, núm. 32; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 245; Laurent, t. XV, núm. 455; Giorgi, t. IV, número 170 a.; Manresa, t. VIII, pág. 629]. El Código de 1928, en su artículo 1794 fracción II, declara inexistente el contrato por la falta de objeto que pueda ser materia de él, y en su artículo 2224 agrega que no producirá efecto legal alguno; no es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción y que su inexistencia puede invocarse por todo interesado.

## SECCION 2ª HECHO LICITO Y HECHO ILICITO

### I. Licitud del objeto

172. *Textos legales.* El objeto del contrato debe ser lícito. Este requisito lo prescriben la fracción III del artículo 1279 del Código de 1884, y la fracción II del artículo 1827 del Código de 1928.

### II. Concepto de la ilicitud y su diferencia con la imposibilidad jurídica

173. *Textos legales.* Artículo 1280 del Código de 1884: "Es lícito lo que no es contrario a la ley o a las buenas costumbres." Artículo 1830 del Código de 1928: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres."

174. *Doctrina de Ferrara y crítica del Código de 1884.* El acto ilícito se realiza efectivamente, aunque violando la ley o la moral *[op. cit.,* número 6, pág. 7]; es lo posible, vedado o reprobado, pero no lo imposible [núm. 6, pág. 9]. Por ejemplo, la ley no quiere que se robe ni que se mate, supuesto que castiga estos hechos el Código penal, y, sin embargo, frecuentemente se cometen robos y homicidios. Si en un contrato *A* se obliga para con *B* a dar muerte a *C*, la prestación que consiste en un homicidio es un objeto ilícito, pero posible. "Imposible es aquello que no puede acaecer por una causa que excluye absolutamente su existencia. A la realización de la acción se opone un obstáculo insuperable; el hecho quedará siempre inejecutado, porque su ejecución es incompatible con una ley que debe regularlo necesariamente" [Ferrara, *op. cit.,* núm. 6, pág. 7].

Por lo expuesto debemos considerar que el Código de 1884 incurre en un error técnico cuando dice que son legalmente imposibles los actos ilícitos [art. 1306, IV].

### III. Actos contrarios a la ley

175. *Distinción.* Recordemos la antigua división de las leyes en permisivas o supletorias, prohibitivas y preceptivas o imperativas, para examinar en contra de cuáles de ellas es posible un acto ilícito [Ferrara, número 8, pág. 16].



#### A. *Actos contra leyes permisivas o supletorias*

176. *Su licitud.* Hay numerosas leyes dictadas con el único fin de determinar los efectos de los contratos, cuando sobre ellos no han expresado su voluntad los contratantes supliendo su silencio [Ferrara, núm. 8, página 16] y que por lo mismo pueden ser derogadas por los particulares. Así, los artículos 1489 del Código de 1884, y 2120 del Código de 1928, determinan que todo el que enajena está obligado a responder de la evicción, aunque nada se haya expresado en el contrato, y los artículos 1491 del Código de 1884, y 2121 del Código de 1928, facultan a los contrayentes a convenir en que no se responda por la evicción. Dada la naturaleza de las leyes supletorias o permisivas es evidente que el hecho de obrar en contra de ellas no es ilícito [Ferrara, núm. 8, pág. 16].

#### B. *Actos contra leyes prohibitivas*

##### 1. Su ilicitud

177. *Ferrara.* "La Ley, ejercitando una función reguladora de las relaciones sociales, provee a que el arbitrio de los ciudadanos en su desenvolvimiento no se ponga en pugna con el interés de la sociedad y por eso circunscribe su campo dentro de confines determinados refrenando la voluntad de los contratantes en todas aquellas manifestaciones que reputa dañosas a la convivencia social y a las necesidades e intereses del comercio. Se tiene así una restricción de la libertad contractual impuesta por la necesidad de salvar al interés colectivo de la preponderancia de la autonomaí privada" [Ferrara, *op. cit.,* núm. 2, pág. 2]. "...Un acto en contra de una prohibición de la Ley es un acto ilícito. Toda prohibición tiene carácter excepcional, en cuanto deroga singularmente al principio de la eficacia de toda declaración de voluntad, que sea manifestada ordenadamente y perfecta sustancialmente. De donde se sigue que todo lo que no está prohibido es lícito; que la prohibición no puede presumirse, sino que debe ser expresa; que en materia de leyes prohibitivas no puede adoptarse una interpretación analógica. Al lado de las prohibiciones singulares que se encuentran esparcidas en los Códigos, la Ley ha establecido también una disposición general prohibitiva (que no por eso pierde el carácter de la singularidad), con la cual una vez, *tantum* y para todos los casos, ha prohibido todos los convenios que tengan un contenido contrario... al orden público" [Ferrara, *op. cit.,* núm. 3, pág. 3; véase arts. 6, 7 y 15 del Código de 1884, y artículos 6 y 8 del Código de 1928].

"El contra *legem agere* supone una prohibición y por lo mismo una ley prohibitiva. Entonces, solamente puede decirse que uno obra contra la Ley cuando ejecuta realmente un acto, pero violando los límites impuestos a su voluntad. Se entiende, por lo demás, que para juzgar de la extensión de estos límites, se tendrá en consideración no sólo el sentido literal de la Ley, sino, aun y más bien, el elemento lógico, pudiéndose tener un acto ilícito, no explícitamente prohibido, pero que conceptualmente se ha querido comprender en la prohibición" [Ferrara, *op. cit.*, núm. 8, pág. 17].

## 2. Grados en la ilicitud

178. *Ferrara.* "Hemos visto que el acto ilícito resulta de la contradicción del contenido de una declaración de voluntad con una Ley prohibitiva. Pero es necesario aún restringir el campo y venir a una calificación de las leyes prohibitivas. Ya que, según la importancia de los fines que la Ley se propone defender y según la naturaleza de la violación, la Ley prohibitiva varía de intensidad y mide su sanción contra el acto ilícito. Ordinariamente la Ley prohibitiva es impulsada por un interés general, de orden público, esto es, tiene por objeto la protección del orden jurídico y asume un carácter, rígido e inflexible, imponiendo la pena más grave de que puede disponer: la nulidad. Otras veces la violación es más leve, los intereses en juego son particulares y se refieren a determinadas personas, que son en sustancia los verdaderos jueces del daño que resienten por la violación; en este caso, la Ley no quiere sustituirse a la voluntad privada, no quiere coactivamente hacer que se infiera la ineficacia del acto, sino que al contrario procura evitarla en cuanto es posible, siendo la nulidad siempre un mal en la vida jurídica y una causa de perturbación en las relaciones económicas y, entonces, hace depender la ineficacia del contrato de la instancia o impugnación de las partes lesionadas: tenemos entonces la anulabilidad" [Ferrara, *op. cit.*, núm. 10, pág. 20]. En el mismo sentido recuérdese lo que hemos dicho en los números 73, 75 y 76 de este libro, respecto de la nulidad de los actos ilícitos.

"Finalmente puede tenerse una prohibición que deja aún válido el acto vedado. Es ésta una simple prohibicón instruccional que toma la figura de una exhortación y que se confía para ser respetada al interés y a la moralidad de las partes, o bien al deber del cargo del empleado o militar, que ha inflingido la Ley, así es que la violación es pasible de una sanción disciplinaria. A veces la Ley se contenta con una pena en contra de los transgresores sin atacar, además, o suprimir el efecto del acto prohibido. Tenemos pues un tratamiento gradual, o sea nulidad, anulabilidad, eficacia con pena y eficacia pura, según la importancia de la prohibición... Así es que se puede repetir para nuestro Derecho la clasificación de Ulpiano... para el Derecho romano, en *leges perfectae*... que abrazan la nulidad civil y la pretoria, como nuestra nulidad, *leges minus quam perfectae*... que



son las prohibiciones penales, *leges imperfectae*... que son las prohibiciones instruccionales. Ahora bien, el acto ilícito, en sentido técnico, resulta de la contradicción de una declaración de voluntad con una *lex* prohibitiva perfecta. Dícese en sentido técnico, porque en general toda violación de la prohibición puede considerarse como una ilicitud, pero este concepto toma un significado específico para aquellas prohibiciones dictadas por un alto interés social y que tienen por fundamento la defensa de la seguridad jurídica." [Ferrara, *op. cit.*, núm. 10, págs. 21-22.]

179. *Baudry.* El artículo 6 del Código Napoleón, dice: "No se puede derogar por convenios particulares las leyes que interesan al orden público..." En el *Traité théorique et pratique de Droit civil*, [3ª ed., t. I, números 270-271], por Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, estos autores sustentan sustancialmente la misma teoría que Ferrara, comentando el artículo 6 del Código Napoleón en estos términos: "Se repite generalmente que el artículo 6 tiene por sanción la nulidad o la ineficacia del acto hecho en contravención de la Ley... Esta proposición es, según nosotros, enteramente insuficiente: la verdad es que la sanción del artículo 6 varía con cada regla de orden público. La lesión hecha al orden público no tiene siempre la misma gravedad. Tal prescripción no podría ser violada sin un verdadero trastorno social; tal otra es susceptible de serlo sin que por ello la sociedad sufra realmente. En otros términos, hay grados en el atentado al orden público: el legislador proporciona pues a la extensión del mal la fuerza del remedio. La sanción es tanto más rigurosa cuanto la observancia de las prescripciones legales se considera como más esencial para el mantenimiento de la sociedad. 1º Así la prescripción puede estar sancionada por una penalidad propiamente dicha. En este sentido se puede decir que todas las leyes criminales son de orden público... 2º Puede estar sancionada por la inexistencia del acto ejecutado en contravención a la Ley. Tal es el caso del matrimonio celebrado ante una persona distinta de un oficial del estado civil. 3º Puede estar sancionada por una simple nulidad. Esta nulidad... es más o menos rigurosa. Ya no es sino relativa... Ya es absoluta... 4º Puede estar sancionada por la simple restricción de los efectos que el acto habría producido naturalmente, si la Ley se hubiese observado plenamente: aunque válido, no puede oponerse a todos aquellos a los que habría podido serlo. Tal es la sanción del artículo 1328 sobre la fecha cierta. 5º Puede estar sancionada, en fin, por la simple prohibición hecha a un oficial público de prestar su ministerio al acto que las partes se proponen ejecutar en contravención a la Ley, sin que la transgresión de esta prohibición permita, sin embargo, atacar el acto una vez realizado. Tal es el caso de los impedimentos prohibitivos del matrimonio... Estando establecido que la sanción de las disposiciones de orden público es susceptible de variar en tan amplios límites, ¿cómo determinarla para cada una de ellas, en el silencio de la Ley? Es evidente que la forma prohibitiva o imperativa en la cual esté concebida esta disposición, no puede suministrar

una indicación decisiva a este respecto. Hay, pues, que investigar, en cada caso, cuál es la sanción que corresponde al fin que ha tenido a la vista el legislador, según la economía general de la Ley..."

180. *Códigos.* El Código de 1884, en su artículo 15, concordante del artículo 6 del Código Napoleón, dice que: "Las leyes en que se interesan el Derecho público y las buenas costumbres, no podrán alterarse o nulificarse, en cuanto a sus efectos, por convenio celebrado entre particulares." Y a su vez, el Código de 1928 en su artículo 6º, consagrando la misma idea, dice que: "La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la Ley, ni alterarla o modificarla..." El artículo 2225 del Código de 1928, establece que: "La ilicitud en el objeto... del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, *según lo disponga la Ley* [véase el núm. 76 de este libro]. Este artículo debe entenderse en consonancia con el 8º del mismo Código, que [de acuerdo con el artículo 7º del Código de 1884] prescribe: "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, *excepto en los casos en que la Ley ordene lo contrario.*"

### C. *Actos contra leyes preceptivas*

181. Al Derecho público pertenecen las leyes que interesan más directamente a la sociedad que a los particulares [Ferrara, núm. 22, pág. 48], tales son, hablando en términos generales, las del Derecho constitucional, administrativo, penal y procesal y ciertas normas del derecho privado que se han dictado imperativamente en interés general, como las relativas al estado y capacidad de las personas [Ferrara, núm. 30, págs. 61 y 62; Planiol, tomo I, núms. 291 y 292]. Las leyes de derecho público, de orden público o de interés público, ya prohiben algo, ya ordenan algo; la desobediencia o el incumplimiento de estas últimas leyes, preceptivas o imperativas, producen el acto jurídicamente imposible, según hemos visto en el número 170 de este libro. Pero, si los particulares celebran un contrato conviniendo en alterar los efectos de estas leyes, contrarían la prohibición contenida en los artículos 15 del Código de 1884, y 6º del Código de 1928. Por lo mismo ese contrato tiene un contenido ilícito [véase Ferrara, núm. 8, págs. 18 y 19]. En otros términos, las leyes imperativas, imponiéndose en interés social a todos los individuos, les *prohiben* derogarlas [Ferrara, *op. cit.*, 1ª ed., núms. 26, pág. 61].

### D. *Ejemplos*

182. He aquí algunos ejemplos de contratos que tienen objetos ilícitos por ser contrarios a leyes prohibitivas o imperativas: 1. La compraventa del



derecho a la herencia de una persona viva [arts. 2833 y 3162 C. a., y 1826 C. v.; Ferrara, núm. 46, págs. 107 a 109; Planiol, t. II, núms. 1012-1013; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 248]. 2. El mismo contrato, respecto de los alimentos debidos por derecho de familia [artículo 2833 C. a.]. 3. La transacción que versare: sobre delito, dolo o culpa futuros, sobre la acción civil que nazca de delito o culpa futuros, sobre sucesión futura, sobre una herencia, antes de visto el testamento si lo hay, sobre el derecho de recibir alimentos [arts. 3162 C. a. y 2950 C. v.]. 4. Los contratos a que se refiere el artículo 5º constitucional, a saber: los que tengan por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad del hombre, ya sea por causa de trabajo, de educación o de voto religioso; aquellos en que el hombre pacte su proscripción o destierro o en que renuncie, temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio; el de trabajo por más de un año en perjuicio del trabajador; el contrato en el que se renuncie o se convenga la pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles. 5. Los contratos que tengan por objeto: "Toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público; todo acuerdo o combinación, de cualquiera manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes y empresarios de transportes, o, de algún otro servicio, para evitar la competencia entre sí, y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados; y, en general, todo lo que constituye una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas, y con perjuicio del público en general o de alguna clase social" [art. 28 de la Constitución].

## IV. Actos contrarios a las buenas costumbres

183. *Nuestros Códigos.* Para el Código de 1884 [art. 1280] y para el de 1928 [art. 1830], es ilícito el hecho contrario a las buenas costumbres, y el contrato que tiene por objeto un hecho ilícito no es válido o puede invalidarse [art. 1279, III. C. a ., y 1795, III, C. v.].

184. *Ofensa a la moral.* La Ley niega su protección al contrato cuyo objeto tiene un contenido inmoral. Esta norma, que puede decirse existe en todos los Códigos de los países civilizados, "está inspirada en un sentido de profundo respeto a la conciencia de la sociedad, que no debe ser turbada y trastornada por especulaciones torpes y por contratos escandalosos, y en un sentimiento de dignidad que la Ley tiene por sí misma, porque no quiere convertirse en instrumento de la maldad de otros, y hacer servir la forma del contrato y la fuerza obligatoria que le es anexa para constreñir a otros a una acción o prestación inmoral. Por otra parte,

esta norma, haciendo servir al derecho de medio para el perfeccionamiento de la vida humana, lo eleva así a una altura ideal, si debe creerse que el desarrollo y el progreso del Derecho consiste precisamente en la elevación de la Ley moral a Ley jurídica" [Ferrara, núm. 3, pág. 4]. "El principio de la nulidad de los actos inmorales y contrarios al orden público, se presenta como una norma subsidiaria a las prohibiciones legales, en cuanto interviene en todos aquellos vacíos dejados por la Ley para mayor protección del ordenamiento jurídico. En efecto, el legislador podrá prever, instruido por la experiencia del pasado, y prevenir ciertos abusos, ciertos pactos inicuos y reprobables, condenándolos con una prohibición, pero toda su previsión no sería bastante para herir la infinita variedad de actos ilícitos que el interés y el egoísmo de las partes siempre habrá escogido. Era necesario por esto un factor movible que, de manera análoga a la libre movilidad de las intenciones de las partes, prestase una fuerza de nulidad siempre pronta y eficaz" [Ferrara, núm. 4, pág. 4]. A los conceptos anteriores, agrega Ferrara lo siguiente: "A la norma que declara ilícitos los actos inmorales se han dirigido graves censuras, lamentando que constituya una intromisión arbitraria de la moral en el derecho, y que señala un retroceso en la legislación, o, al menos, un resto de aquella confusión de principios morales y jurídicos, cuya distinción clara es una conquista de la ciencia moderna. Pero reflexionando sobre esta acusación queda uno persuadido de que carece de fundamento... tanto las reglas morales como las jurídicas, tienen por objeto la conducta humana y quieren dirigir y guiar las acciones individuales en ciertas direcciones, y según cierta medida, a fin de alcanzar los fines de la convivencia social. [Véase Iherin. *Der Zweck im Recht*, II, págs. 213 y sig.]... De estas normas, que nacen como producto natural de la experiencia en la regulación de las relaciones de la vida común, unas fueron reconocidas como necesarias para la vida de la sociedad, y sancionadas por el poder social constituido, se llamaron leyes, reglas jurídicas; otras normas quedaron libres de coacción, aun útiles socialmente, y se llamaron morales... Por lo tanto, moral y derecho no son sino grados de evolución... No se trata ya de diversidad intrínseca, sino que al contrario, hay identidad sustancial, pero tales reglas, según el grado de importancia respecto al ordenamiento de la sociedad, son o no reconocidas oficialmente por la Ley, y llegan a ser coactivas" [Ferrara, núm. 5, págs. 5 y 6].

184 *bis. Ripert y Renard.* Ripert, en su obra *La règle morale dans les obligations civiles*, enseña que entre la regla moral y la regla jurídica no hay diferencia alguna de dominio, de naturaleza y de fin [núm. 6], y Renard, a su vez, proclama la identidad fundamental de la Moral y del Derecho [*Le Droit, La Justice et la Volonté*, pág. 96 et sig., *Le Droit, la Logique et le Bon sens.*, pág. 388 et sig.].

185. *Concepto de las buenas costumbres.* "El contrato inmoral es nulo como el contrato contrario al orden público, y el respeto de la moral entra, a decir verdad, en el del orden público. Pero es raro que el contrato sea inmoral por su objeto, lo es casi siempre por su causa. La acción de nulidad obliga, pues, al juez, a investigar el fin inmoral perseguido por los contratantes... En realidad, la regla moral admitida en un país es una regla de origen religioso. En Francia, como en los países de Europa y de América, es el cristianismo el que ha impuesto cierta moral. Las reglas de esta moral se siguen por convicción, por hábito o por razón, poco importa. El juez comprueba su existencia y no tiene que fallar sobre su fundamento. Cuando comprueba que el contrato de las partes quiere crear un vínculo jurídico, que sería contrario a las reglas de la moral, o permitiría infringir una de esas reglas, debe anular el contrato como contrario a las buenas costumbres. Si la regla moral está sancionada por la Ley penal, el carácter ilícito del contrato es evidente. No interesa citar ejemplos de estos contratos sino en los casos en que ninguna ley positiva prohibe el acto culpable. *Contratos contrarios a la moral sexual.* El carácter religioso de la regla moral, particularmente está marcado en las reglas de la moral sexual. Estas son las que el juez hace respetar con más severidad; quizá, porque la aplicación de la Ley penal lo ha habituado a considerar como culpables ciertos ultrajes a las buenas costumbres... *Respeto a la persona humana.* Es contrario a la moral que un hombre disponga sin motivos de su vida, de su salud, de su cuerpo, de su libertad... *Contratos contrarios a los deberes de justicia.* El hombre tiene el deber de no perjudicar a su prójimo y de dar a cada uno lo que le es debido... *Contratos contrarios al ideal moral.* No basta el cumplimiento de los deberes de justicia; el hombre debe vivir honestamente, lo que no quiere decir simplemente sometiéndose a las leyes, sino teniendo una conducta debida que responda al ideal moral del hombre honrado. Los tribunales tienen en cuenta esta idea. No permiten el contrato que degrade a un contratante, aunque se concibe que en la aplicación de esta idea haya vacilaciones" [Ripert et Boulanger, t. II, núms. 109-113]. Una ampliación de lo expuesto en este párrafo puede verse en *La règle morale dans les obligations civiles*, por Ripert [núms. 23 a 38].



186. *Necesidad de un ideal moral.* "Las buenas costumbres no se determinan según un ideal", dice R. Demogue. Pero ¿qué es pues la regla moral, sino la regla de conducta dictada por la consideración de un ideal divino o humano? La repetición del acto inmoral no lo hace lícito porque la inmoralidad se convierta en costumbre. El asentimiento general no es muchas veces sino el hábito en el vicio. La piadosa consagración de una práctica por una opinión extraviada, no la legitima... Los tribunales se resisten a esas piadosas sugestiones. Saben que son los censores de las pasiones humanas y no sus servidores. No creen que la moda haga la justicia. Y es una gran admiración ver en una sociedad en donde la intemperancia, el juego, la corrupción, la especulación, el enriquecimiento injusto son vistos con indulgencia por la opinión pública, a los tribunales no tolerar que semejantes móviles puedan inspirar contratos válidos. Que haya en el ideal

moral incertidumbres, causa de vacilación, o de debilidad, en presencia de ciertos contratos, es cosa evidente. Entonces, hay que procurar hallar una regla que ha quedado obscura o imprecisa. Si el juez puede instruirse por el estudio de las prácticas usuales, queda, sin embargo, encima de la opinión; debe dirigirla y no sufrirla, y cuando el ideal moral se oscurece, él eleva su función, ejerciendo el poder de censura que tiene por la Ley. Es así como los tribunales han comprendido su papel. Sus decisiones han parecido muchas veces demasiado severas. ¿Los que las han censurado, siempre han manifestado un respeto suficiente del ideal moral? Los tribunales que se encuentran en presencia de los hechos, y ante quienes desfilan seres movidos por motivos lamentablemente viles, tienen el deber de mantener la regla que largos siglos de moral cristiana han impuesto a la sociedad, y que están encargados de defender [Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, núm. 39].

187. *Consecuencias de la ejecución del hecho ilícito.* Véase núms. 241 a 248 de este libro.

## CAPÍTULO CUARTO

### *La obligación de no enajenar*

188. BIBLIOGRAFIA. PLANIOL, t. I, núms. 2340-2348; PLANIOL, RIPERT et PICARD, *Traité Pratique de Droit Civil Française*, t. III, núms. 220-230; COLIN et CAPITANT, t. I, núms. 745-747; DEMOGUE, t. II, núm. 827; BARTIN, *Théorie des Conditions impossibles, illicites ou contraires aux moeurs*, páginas 52-55 y 164-191; SAIGNAT (L.), *De la clause portant défense d'aliener*; BRETONNEAU, *Etude sur les clauses d'inaliénabilité en dehors du contrat de mariage et des substitutions permises*; FERRARA, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, t. I, núm. 162; FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel Diritto Civile Italiano*, 2ª ediz., núm. 105; SALEILLES, *De la Declaration de volonté*, págs. 244 y sigs.; SALEILLES, *Code Civil Allemand Annoté*, t. I, pág. 153; CHERON, "La jurisprudence sur les clauses d'inalienabilité" (*Revue Trimestrielle de Droit Civil*, anné 1906), t. V, pág. 339; BONNECASE, *Précis*, t. I, núm. 613; GÓMEZ MORÍN, *El crédito agrícola en México*, pág. 116.

189. *Tres sentidos de la cláusula conteniendo prohibición de enajenar.* A veces, al celebrarse un contrato, por ejemplo, una donación, una venta o una hipoteca, se establece que el que adquiere o hipoteca la cosa no podrá enajenarla. Esta cláusula es susceptible de tres sentidos diferentes, que no todos los autores distinguen. En el primer sentido, tiende a hacer inalienable el bien, en el segundo trata de producir una incapacidad en su dueño, y en el tercero sólo crea una obligación de no enajenar [Saignat, núm. 58; Bartin, pág. 53; Ferrara, *Teoría del acto ilícito*, etc., núm. 105, pág. 252].

190. *Cláusula que trata de hacer la cosa inalienable.* Los artículos 729 del Código de 1884, y 830 del Código de 1928, dicen respectivamente:



"La propiedad es el derecho de gozar y *disponer* de una cosa, sin más limitaciones que las que fijan las leyes", y "El propietario de una cosa puede gozar y *disponer* de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes." El artículo 2828 del Código de 1884, agrega que: "Pueden ser objeto de compraventa todas las cosas que están en el comercio y que no fueren exceptuadas por la ley o por los reglamentos administrativos de conformidad con ella." De los preceptos transcriptos (aplicando el último de los artículos citados con interpretación extensiva a todos los casos de enajenación convencional), debemos concluir, que la voluntad del hombre no puede imprimir a las cosas la calidad de inalienables [Ferrara, *Tratado de Derecho Civil*, t. I, núm. 162, pág. 770], de manera que su enajenación sea inexistente [Saignat, núm. 59]. Una cláusula con tal sentido es jurídicamente imposible [Bartin, pág. 164; Ferrara, *Teoría del acto ilícito*, etc., núm. 105, pág. 252]. Además, tal resultado sería contrario al principio de la libre circulación de los bienes, del que son aplicaciones los artículos 3453 del Código de 1884, y 1482 del Código vigente, que consideran prohibidas las disposiciones testamentarias de no enajenar.

191. *Cláusula que quiere crear una incapacidad.* El artículo 1282 del Código de 1884, y el artículo 1798 del Código vigente, dicen: "Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la Ley." De aquí se infiere que sólo la Ley puede crear una incapacidad y que por contrato no puede crearse la incapacidad de enajenar [Saignat, núm. 60].

192. *Cláusula que sólo pretende crear una obligación.* No hay que confundir las cláusulas de inalienabilidad propiamente dichas, en las que hay el pensamiento de hacer inalienable a un bien o incapaz a su dueño, con la cláusula que simplemente contiene una prohibición de enajenar, sin más pretensión que la de crear una obligación de no enajenar, que tiene por objeto una prestación negativa, la abstención de hacer actos de disposición [Ferrara, *Teoría del acto ilícito*, etc., núm. 105, pág. 252]. Su incumplimiento deja válida la enajenación de la cosa hecha en contravención a lo convenido, produciendo el efecto normal de las obligaciones de no hacer, que consiste en la responsabilidad de los daños y perjuicios [Saignat, número 109, pág. 99; Código de 1884, art. 1428, y Código de 1928, arts. 2028 y 2104 final; Ferrara, *Tratado de Derecho Civil*, núm. 162, pág. 770; Ferrara, *Teoría del acto ilícito*, etc., págs. 253 y 254]. El Código civil alemán, declara en su artículo 137, que "la facultad de disponer de un derecho alienable no puede suprimirse ni restringirse por acto jurídico". Esta regla no quita nada de su eficacia a la obligación que consiste en no disponer de un bien de esta naturaleza [véase Saleilles, *Declaración de voluntad*, págs. 244 y sig.]. Es imposible, dice Bretonneau, rechazar más claramente la idea de indisponibilidad real, y consagrar, más formalmente, la de una simple obligación de no enajenar que no será oponible a los terceros, es decir, que permitirá no la evicción de los adquirentes de los bie-

nes inalienables, sino solamente una acción personal en restitución de estos bienes, y que termina en indemnización de daños y perjuicios, dirigida contra el propietario que la ha contratado [pág. 203].

Lo expuesto debe entenderse con la reserva que hace Ferrara, quien después de considerar válida la simple obligación de no enajenar, agrega: "Sin embargo, no es de dudarse que una prohibición absoluta y permanente de enajenar constituye una restricción demasiado grave al ejercicio de los derechos, verdadera abdicación de una facultad jurídica que no puede ser sancionada por el Derecho. Por lo mismo, todos los pactos o cláusulas, en los cuales se impone a perpetuidad no ejecutar actos de enajenación de determinado bien, deberán considerarse nulos. No es así, por el contrario, cuando se trata de prohibiciones relativas o temporales, las que restringen sin abolir el ejercicio de la facultad de enajenar. En tal caso, la libertad individual no es ofendida o suprimida, sino condicionada y delimitada, y falta toda razón para negar eficacia a semejantes restricciones, ya que no es verdad que la economía exija el movimiento perpetuo de los bienes... [*Teoría del acto ilícito*, etc., pág. 253]. El mismo autor, en su *Tratado de Derecho Civil* [pág. 770, nota], dice en síntesis: "En efecto, sólo para las cláusulas relativas y temporales se admite la eficacia; mientras que las prohibiciones de enajenación, perpetuas o por un tiempo bastante largo, según la apreciación del juez, son consideradas nulas."

Ningún texto de nuestro Código de 1884 se opone a la validez de la obligación de no enajenar [Saignat, núms. 114, 124, 161 y 168]. A ese Código son aplicables las doctrinas expuestas.

El Código de 1928 contiene el artículo 2301, que dice: "Puede pactarse que la cosa comprada no se venda a determinada persona; pero es nula la cláusula en que se estipule que no puede venderse a persona alguna."

Creo que la cláusula a que alude este artículo es la que trata de hacer la cosa inalienable, y no la que sólo pretende crear una obligación de no vender durante cierto tiempo. Porque el mismo Código, como el anterior, considera válida la promesa temporal de vender una cosa a cierta persona, y tal promesa implica la obligación de no enajenar la cosa a un tercero mientras dure la promesa [art. 1819 C. a., 2244 a., 2247 C. v.; Rossel, t. I, núm. 337, 2º; Thur, t. II, párrafo 94, págs. 731 y 732]. Así, pues, las doctrinas que hemos expuesto como aplicables al Código de 1884, lo son también al Código de 1928.

193. *Opinión favorable a la inalienabilidad contractual.* Gómez Morín, en su libro *El Crédito Agrícola en México* [pág. 116], expone su deseo de que se adopte como válida la cláusula de inalienabilidad, en estos términos: "Puede estimarse incluida en el cuadro de las garantías reales la obligación contractual de no ceder o de no gravar determinados bienes o derechos. Tal obligación, en derecho común, sólo daría lugar, en caso de incumplimiento, a una acción de daños y perjuicios, poco eficaz y difícilmente de



ducible en un largo procedimiento. Para que pueda estimarse en lo posible como una garantía... es preciso que su valor se haga extensivo a terceros, declarándose la nulidad de la enajenación realizada o del gravamen constituido en contravención a tal obligación cuando ella conste debidamente inscrita en el Registro."

194. *Referencia.* Respecto de los derechos y de las obligaciones es válida la cláusula de inalienabilidad como veremos al tratar de la cesión de derechos [núms. 1234 y 1235, t. II, de este libro].

TÍTULO CUARTO

# LA CAUSA Y EL FIN O MOTIVO DETERMINANTE

195. *Antecedente.* Mi estudio denominado "Objeto y causa en los contratos" [*Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, dirigida por el Lic. Alberto Vázquez del Mercado, año 1930, t. I, págs. 81-105, y *Revista de Ciencias Sociales*, septiembre de 1930, 2ª época, t. I, núm. 2, págs. 5-29].

## CAPÍTULO PRIMERO

### *La doctrina francesa*

196. BIBLIOGRAFIA. AUBRY et RAU, t. IV, párrafo 345; DEMOLOMBE, *Traité des contrats*, t. I, números 344-360 y 369-381; BUFNOIR, páginas 526-548; LAURENT, t. XVI, números 107-176; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XII, números 295-316; PLANIOL, t. II, números 1026-1041; BEUDANT, números 206-231 y 244-253; DEMOGUE, t. II, números 743-747 y 773-848 *bis*; COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 57-61; CAPITANT, *De la cause des obligations*, 3ª éd., 1927, números 1-8, 89-112, 120-163 y 196-221; DABIN, *La teoría de la causa*, edición castellana, con un prólogo escrito expresamente por el autor, 1929; HÉMARD, t. II, núms. 1136-1156; GENY, *Méthode d'interprétation*, etc., 2ª éd., t. I, página 191, nota 2; GENY, *Science et technique*, etc., t. III, páginas 70-72; DUGUIT, *Traité de Droit constitutionnel*, 2ª éd., 1921, t. I, páginas 284-292; DUGUIT, *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, traducción española, páginas 90-100; RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 2ª éd., 1927, números 31-36; LÉVY-ULLMANN, *L'obligation et le contrat*, etc., páginas 291-339; JOSSERAND, t. II, números 126-148; JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du Droit privé*, 1928, números 105-169; BONNECASE, *Supplément*, t. II, números 541-613, y t. V, números 449-450; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, t. VI, números 249-264 y 276-279; GAUDEMET, páginas 111-138; IONASCO, "Les Récentes destinées de la Théorie de la cause dans les obligations" [*Revue Trimestrielle de Droit Civil*, anée 1931, t. XXX, págs. 29-68]; ROUAST, "A propos d'un livre sur la cause des obligations" [*Rev. Trim.* Anné 1923, t. XXII, páginas 395-409].



## SECCION 1ª IDEAS PRELIMINARES

197. *Código Napoleón.* Este Código, en su artículo 1108, enumera entre las condiciones esenciales para la validez del convenio: "una causa lícita en la obligación", y en su artículo 1131, agrega que, "la obligación sin causa, o sobre una falsa causa, o sobre una causa ilícita, no puede tener efecto alguno".

198. *Causalistas y anticausalistas.* ¿Qué es la causa y cuál es su papel en la formación del contrato? Sobre estas cuestiones los intérpretes no se han llegado a poner de acuerdo [Capitant, pág. 7]. Lévy-Ullman [página 293] hace observar que los autores de más nombre están divididos en dos campos: el de los causalistas y el de los no causalistas. Entre los primeros figuran Domat, Pothier, Aubry et Rau, Demolombe, Bufnoir, Colin, Capitant, etc. y entre los segundos Ernts, Laurent, Baudry-Lacantinerie et Barde, Dabin, Planiol, Demogue, Hémard, etc. Pero hay que advertir que de los causalistas unos sostienen la teoría clásica y otros la teoría moderna.

199. *Plan.* Trataré de la materia, exponiendo sucintamente: la teoría clásica de la causa, la teoría anticausalista, la teoría moderna basada en la jurisprudencia francesa. Por último me ocuparé de la causa eficiente.

## SECCION 2ª TEORIA CLASICA

200. *Domat y Pothier.* Domat es el autor de esta teoría que formuló tomando sus elementos del Derecho Romano, haciéndolos sufrir una transformación [Planiol, t. II, núm. 1031], y bajo la influencia del Derecho canónico [Capitant, núms. 645 y sigs.]. Pothier no hizo sino reproducir las ideas de Domat, y en este autor se inspiraron los artículos del Código Napoleón [Planiol, t. II, núm. 1032].

201. *Demolombe.* Este autor expone: *a)* qué es la causa; *b)* Cuál es la diferencia entre la causa final y la causa impulsiva, y *c)* La diferencia que hay entre la causa y el objeto, como sigue:

*a)* La causa, de la que se ocupa el Código Napoleón en los artículos 1108 y 1131, es aquella que determina esencialmente al contratante a obligarse, y que es el fin directo e inmediato que se propone alcanzar obligándose: el porqué un contratante ha contraído una obligación: es, en una palabra, la *causa final* de la obligación [núms. 345-346].

En los contratos sinalagmáticos la obligación de cada parte tiene por causa la obligación de la otra. ¿Por qué el vendedor se obliga a entregar su cosa al comprador, y cuál es el fin inmediato que se propone alcanzar obligándose? Obtener, en cambio, la obligación del comprador de pagarle

el precio. Recíprocamente, ¿por qué el comprador se obliga a pagar el precio al vendedor, y cuál es el fin inmediato que se propone alcanzar obligándose? Obtener, en cambio, la obligación del vendedor de entregarle la cosa y, al mismo tiempo, la adquisición inmediata de la propiedad de esta cosa cuando se trata de un cuerpo cierto [núm. 346].

En los contratos unilaterales, la causa de la obligación contraída por una de las partes es el hecho o la promesa de la otra. Por ejemplo, en un préstamo de dinero, la entrega que de éste hace un contratante al otro, es la causa de la obligación de devolver el dinero, que contrae el que lo ha recibido [núm. 350].

En fin, en los contratos a título gratuito, la causa es la intención de ejercer una liberalidad o de prestar un servicio [núm. 352].

*b)* La causa impulsiva no es sino *el motivo* que induce a cada una de las partes a contratar; no es como la causa final, un elemento intrínseco y constitutivo de la obligación; es, al contrario, extrínseca, exterior. En tanto que la causa final es siempre idénticamente la misma en todos los contratos idénticos, la causa impulsiva es esencialmente variable. En un contrato de venta, por ejemplo, ya sea hecho por Pedro, por Pablo o por Diego, la causa final será siempre invariablemente idéntica: para el vendedor la obligación del comprador, y para éste, la de aquél. Asimismo, no se podría comprender un contrato de préstamo cuya causa final, para el deudor, no fuera la tradición de la cosa hecha a él por el prestamista. Pero véase la causa impulsiva y habrá diferencias y variedades infinitas. ¿Por qué motivo Pedro, Pablo o Diego ha contraído un préstamo? Puede ser que el primero para pagar un precio de venta, el segundo para dotar a su hija, el tercero, para hacer reparaciones a su inmueble o para jugar, etc. [núm. 355].

*c)* No hay que confundir la causa con el objeto. El objeto es *quid debetur;* la causa, es *cur debeatur.* Me he obligado a pagar diez mil francos que he recibido prestados. Los diez mil francos son el objeto, y la causa es el haberlos recibido [núm. 350].

## SECCION 3ª TEORIA ANTICAUSALISTA

202. *La causa se confunde ya con el objeto, ya con el consentimiento.* La teoría clásica de la causa fue primeramente criticada por Ernst, quien pidió que se suprimiera por ser inútil y fuente de errores y de confusiones [Planiol, t. II, págs. 394-395, nota].

Laurent, inspirándose en Ernst, ha criticado la misma teoría, supuesto que, según ella, en los contratos a título oneroso la causa se confunde con el objeto, en los contratos unilaterales la causa de la obligación del deudor es la cosa, o el hecho que es prestado por la otra parte, y que da nacimiento al contrato, y en este sentido, también el objeto del contrato es el que forma la causa [núm. 110], y que en la donación la causa se confunde con el consentimiento del donante, o sea, con la voluntad de hacer un



beneficio [núm. 111]. De donde resulta que el contrato existe y es válido desde que existen el consentimiento, la capacidad y el objeto [núms. 110 y 111].

Según la concepción de Demogue, la teoría de la causa, salvo en algunos casos, no es sino una manera de considerar la del objeto [t. II, núm. 744, página 533].

Beaudant, no obstante estar considerado como causalista, reconoce que es cierto que la causa se confunde, ya con el consentimiento, ya con el objeto, es decir, con otra de las condiciones necesarias para la validez de los convenios y que aparece raramente constituyendo una condición de validez distinta [núm. 208], y dice después, que la causa se confunde algunas veces con los motivos [véase núm. 217].

Baudry-Lacantinerie et Barde, critican también la teoría de la causa, considerándola absolutamente superflua y, diciendo, entre otras cosas, que según esa teoría el mismo elemento será unas veces causa u objeto, y que otras veces el mismo elemento se llamará consentimiento y causa [t. XII, números 321, 322 y 326].

203. *La teoría de la causa es falsa y es inútil.* Planiol así lo sostiene en su *Tratado Elemental de Derecho Civil,* 11ª edición, con la colaboración de Ripert, tomo segundo. De sus observaciones, las más importantes para nuestro estudio son las que en seguida transcribimos: "1º Ausencia de causa... Los autores causalistas no pueden aplicar su idea de nulidad por ausencia de causa, sino a los contratos sinalagmáticos: si la cosa vendida no existe, la obligación del vendedor es nula por falta de objeto; la del comprador es nula por falta de causa porque la obligación del vendedor que debía hacer las veces de causa, no ha nacido. Se puede llegar al mismo resultado sin hacer intervenir la idea de causa, por la simple naturaleza sinalagmática del contrato que supone prestaciones recíprocas: cada una de las partes no entiende ligarse sino en consideración de la ventaja que la otra debe procurarle, y esta conexidad, que liga sus dos obligaciones, es una relación de dependencia mutua enteramente distinta de una relación de causalidad... 2º Causa ilícita o inmoral... Supongamos que dos personas se ponen de acuerdo en vista de un crimen que una se obliga a cometer, en tanto que la otra le da dinero para decidirla a ello... Los autores causalistas dicen: La promesa de pagar al asesino no es nula por razón de su objeto, que es el dinero, es nula porque tiene por causa la obligación contraída por la otra parte: su causa es la ilícita. No hay necesidad de este rodeo para anular esta segunda obligación, ella es nula como la primera porque tiene un objeto ilícito: dar dinero para matar a alguno es tan criminal como matarlo por sí mismo [t. II, núm. 1039]... Valor práctico actual de la teoría de la causa. Si no se ha renunciado a esta teoría, es porque en realidad la noción de causa ha dado a la jurisprudencia un sostén precioso para anular los actos a título oneroso, o a título gratuito, dictados por un motivo ilícito o inmoral [t. II, núm. 1039 *bis*].

204. *Réplicas.* La crítica de Planiol ha sido objeto de réplicas por parte de Capitant *[De la cause des obligations,* núms. 16, 17, 22 y siguientes, 35 y sigs.] y de Josserand *[Cours,* etc., t. II, núm. 140].

## SECCION 4ª TEORIAS BASADAS EN LA JURISPRUDENCIA FRANCESA

### I. Teoría de Capitant

205. *Qué es la causa y cuál es su papel en la formación del contrato y aun después.* Dice Capitant en su monografía sobre la causa de las obligaciones: "1. Toda persona que consiente en obligarse hacia otra se determina por la consideración de un fin que se propone alcanzar por medio de esta obligación... Obligarse sin fin, no podría ser sino el acto de un loco. Este fin varía, por lo demás, según la naturaleza de la obligación y, principalmente, del contrato que da nacimiento a esta obligación... 2. El fin forma parte integrante de la manifestación de voluntad creadora de la obligación. Se puede aun decir que es el elemento esencial de ella. En efecto, el deudor no consentiría, ciertamente, en obligarse si supiera que el resultado que se propone no se obtendrá. El acto de voluntad se compone de dos elementos: primero, el consentimiento, que es el hecho de prometer, de obligarse, y, en seguida, la consideración del fin por alcanzar mediante esta promesa. La obligación no es sino un medio para llegar a un fin. No se puede, pues, desunir estas dos cosas. Aislar una de la otra, no tener en cuenta sino la promesa sin inquietarse del fin que la explica, sería amputar arbitrariamente el acto de volición, deformarlo y desconocer la intención de su autor... 3. En la terminología jurídica, el fin se llama la causa de la obligación, expresión criticable, como justamente se ha hecho notar, porque no es lógico designar bajo el nombre de causa el fin perseguido... Se explica uno, por lo demás, fácilmente la razón por la cual se ha adoptado. En efecto, puede decirse que es la consideración del fin la que determina al deudor a obligarse, que es por consiguiente la causa de su consentimiento... 4. Las explicaciones precedentes permiten distinguir, fácilmente, la noción de causa o fin, del motivo o móvil determinante, que decide al deudor a obligarse. El motivo es la razón contingente, subjetiva y por lo mismo variable con cada individuo, la que determina a una persona a celebrar un contrato... El motivo ejerce una influencia decisiva sobre la voluntad del contratante. Lo determina a obligarse. Hay una relación indiscutible de causa a efecto entre el motivo y la obligación. Y, sin embargo, ya se sabe que el error sobre el motivo no anula la obligación... La razón de ello es que el contrato es esencialmente un acuerdo de voluntades... Ahora bien, el motivo psicológico que determina a cada uno a obligarse, no forma parte de su acuerdo de voluntades. En efecto, en tanto que el acreedor conoce siempre, o casi siempre, la causa de la obligación de su deudor, porque, en principio, esta causa resulta de la naturaleza misma del contrato celebrado, ignora las más veces el motivo por el cual este último se ha obligado... El motivo, a diferencia del fin, no forma parte del acto de volición del deudor... Sería de otra manera si las partes hubiesen hecho un elemento de ese motivo, es decir, si hubiese sido, para ambas partes, la razón determinante de su acuerdo. Un ejemplo es útil para apoyar esta distinción. Supongamos que una persona compra un inmueble para instalar en él una casa de juego, pero deja ignorar a su vendedor su intención. No es dudoso que la venta será válida... Pero, al contrario, la venta estará afectada de nulidad si se trata de un inmueble que servía para la explotación del juego, o si ambas partes han estado de acuerdo en que la venta se hacía para organizar esta explotación... 6. Así, la causa es, como el consentimiento, de orden psicológico, pero establece una relación entre la voluntad y un hecho exterior, extraño a ella, que el deudor ha tenido a la vista, y por eso no es puramente subjetiva; toma un carácter objetivo... 7. No solamente en el momento del acuerdo de las voluntades interviene la idea de causa. Su importancia se hace sentir en tanto que el contrato no está enteramente ejecutado. En efecto, la obligación no puede vivir sino en tanto que quede apoyada en su causa. Por eso la causa se separa de las otras dos condiciones que deben existir en el deudor para la validez del contrato: el consentimiento y la capacidad. Basta, en efecto, que el consentimiento y la capacidad existan en el momento en que el contrato se celebra... De otra manera sucede con la causa. Para que la relación obligatoria, una vez formada, continúe ligando al deudor, es preciso que se realice el resultado que ha querido. Si no, el vínculo obligatorio no puede subsistir, debe ser roto... 13... La mayor parte de los autores explican que en los contratos sinalagmáticos la obligación de cada contratante tiene por causa la obligación del otro. Ahora bien, esta definición carece de substancia. En efecto, simplemente comprueba que cada parte se obliga porque la otra se obliga igualmente... Esta afirmación no es sino una verdad de Perogrullo, no nos enseña nada que no esté ya contenido en la noción de consentimiento. Si la causa no fuese sino esto, los autores anticausalistas tendrían razón diciendo que se confunde con el consentimiento. Algunos intérpretes llevando un poco más lejos el análisis, hacen observar que la causa de la obligación del contratante es el objeto de la obligación del otro; es decir, que la causa de la obligación del vendedor es el precio y la de la obligación del comprador la cosa vendida. Esto es ya mejor, pero aun es una vista incompleta. Se ha tenido razón en objetar a los que admiten que la causa así comprendida se confunde con el objeto, y decirles que son víctimas de una ilusión, porque no hacen sino considerar, desde un punto de vista especial, el objeto de cada obligación. Hablando de causa designan al objeto. Con esta regla, la causa no sería un elemento distinto y Laurent [t. XVIII, núm. 111] ha podido afirmar, en consecuencia, que un contrato está completo desde que existen las tres

primeras condiciones exigidas por el artículo 1108: consentimiento, capacidad, objeto. 14. La imperfección de estas definiciones viene de que aquellos que las han dado no han visto con bastante claridad la cosa por definir... En efecto, es evidente que si el contratante se obliga, no es solamente para obtener que el otro se obligue por su parte... Lo que determina a una persona a vender su cosa, no es solamente la promesa del comprador de pagar el precio convenido, sino la voluntad de tener a su disposición el dinero prometido. Y de su parte, si el comprador consiente en pagar el precio, es para adquirir la propiedad pacífica y útil de la cosa vendida. Así, en un contrato sinalagmático, la causa que determina a cada parte a obligarse, es la voluntad de obtener la ejecución de la prestación que le es prometida en cambio... 26... La causa en los contratos unilaterales, es ya el deseo de prestar un servicio, ya la persecución de un fin interesado... 34... Cuando una persona se obliga por contrato hacia otra con la única intención de gratificarla... Es preciso, como en los casos precedentes, determinar cuál es el fin que persigue... El donante se propone enriquecer gratuitamente a la persona para con la cual se obliga, es decir, hacer pasar un valor de su patrimonio al suyo, sin recibir nada de ella en cambio... 35... Me obligo a pagaros cien, he allí el consentimiento; entiendo no recibir de vos ninguna prestación correspondiente, he ahí la causa."

206. *Apreciaciones.* La teoría de Capitant ha merecido grandes elogios, que le han tributado, entre otros profesores, Rouast e Ionasco en los artículos publicado en la *Revista trimestral de Derecho Civil*, citados en la bibliografía. Por otra parte, la misma teoría ha sido criticada por Hémard en su *Précis elémentaire de Droit Civil* [tomo II, núm. 1154].

### II. Teoría de Josserand

207. *Los móviles abstractos y los móviles concretos.* Este autor, en su *Curso de Derecho Civil positivo francés*, tomo II, núm. 148, concluye su estudio sobre las nuevas ideas acerca de la causa, en estos términos: "Así ha nacido y se ha desarrollado, al lado y más alto que la teoría clásica de la causa, un sistema más amplio y más psicológico, que da importancia, no ya solamente a los móviles abstractos y permanentes que se han integrado en el contrato, sino también a los móviles concretos, individuales y variables, que en un caso determinado, en la especie, han incitado a las partes a contratar y han sido, pues, determinantes. El acto se aprecia en función de los móviles que lo han inspirado, y del fin al cual tiende: el móvil-fin influye sobre él y fija su valor jurídico, con la moralidad; el derecho contractual no puede ponerse al servicio de la inmoralidad; a cada uno según sus intenciones y según el fin que persigue."



### III. Alusión de Hémard a la jurisprudencia

208. *Valor de la causa ilícita.* Hémard, en su *Précis* [tomo II] dice: "La jurisprudencia... invoca mucho menos que antes la ausencia de causa y la falsa causa; pero atribuye valor considerable a la causa ilícita. Las aplicaciones de la ausencia de causa son raras [núm. 1156]. Al contrario, la causa ilícita aparece frecuentemente en promesas de efectuar un acto ilícito o inmoral, contratos relativos a compra o arrendamiento de casas de tolerancia o de casas de juego, promesas consentidas por tráfico de influencia o en razón de deudas de juego [núm. 1156]. En las liberalidades la jurisprudencia se conforma con un motivo ilícito para anular, porque considera que este motivo forma parte de la intención liberal..." [número 1156].

### IV. Teoría de Bonnecase

209. *Identidad de la noción de causa y de motivo determinante.* Bonnecase *[Supplément*, t. II] no aprueba ni la teoría clásica sobre la causa ni la anticausalista, a la que califica de negativa [núm. 607]. Llama la atención sobre que si el término causa ha sido consignado en el Código Civil, como representativo de un elemento del contrato, este elemento tenía, necesariamente, en el espíritu de los redactores del Código, un papel efectivo que desempeñar [núm. 608]. Preconiza la teoría que resulta de la jurisprudencia, que identifica la noción de causa con el *motivo* de la tesis clásica [núm. 558], y dice que la voluntad es inseparable de los móviles de toda especie a los que obedece [núm. 609], que la causa en un aspecto de la voluntad dotado de un efecto propio [núm. 600], es el *fin* concreto que los autores del acto jurídico se esfuerzan por alcanzar, es un objetivo concreto, mediato, susceptible de ser diferente en los actos jurídicos de la misma categoría, es el *móvil determinante* [núm. 613]. En esta tesis, la teoría de la falsa causa va a unirse a la teoría del error sobre el motivo determinante del contrato [núm. 598], y en numerosas categorías de actos a título oneroso, en que las prestaciones de las partes son perfectamente lícitas consideradas en sí mismas... la jurisprudencia anula esos actos, porque, por encima de las prestaciones, ve el móvil inmoral o ilícito que estas prestaciones están destinadas a satisfacer [núm. 600].

### V. Teoría de Duguit

210. *Fin o motivo determinante de la voluntad.* Duguit, en su libro *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón* [traducción española de Carlos G. Posada], dice que: "La declaración de voluntad, que es el acto jurídico, está forzosamente, como

todo acto de voluntad, determinado por un motivo y ese motivo determinante debe tener forzosamente consecuencias sobre el valor y sobre los efectos de esta declaración... Si por causa se entiende el motivo determinante de un acto de voluntad, hay una causa que tiene una importancia de orden jurídico. Pero indudablemente, la palabra causa es mala y suscita muchas confusiones; es preciso decir: *el fin o el motivo determinante*, no de la obligación sino *de la declaración de voluntad*, soporte del acto jurídico. Así es en efecto, según se verá en los ejemplos dados en las notas siguientes, como la jurisprudencia francesa conscientemente o no, entiende la causa" [págs. 93-94]. Y agrega que "en todo acto de voluntad hay un motivo determinante y este es precisamente el fin del acto jurídico, que es el acto de voluntad considerado" [pág. 95].

## SECCION 5ª LA CAUSA EFICIENTE

211. *En qué consiste.* No hay que confundir la causa final o la causa impulsiva, de que hemos hablado, con la causa eficiente. Esta es la fuente de las obligaciones, es decir, el contrato, el delito, etc. [Bonnecase, *Supplément*, t. II, núm. 549; Beudant, págs. 110 y sigs.; Duguit, *Las transformaciones*, etc., pág. 93, nota].

### CAPÍTULO SEGUNDO

### *Las teorías de la causa en otros derechos extranjeros*

## SECCION 1ª DERECHO ITALIANO

212. BIBLIOGRAFIA. Brugi, págs. 534-545; Coviello, párrafo 130; Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni*, t. IV, núms. 60-62; Barasi, número 39 *ter*; Ruggiero, t. I, párrafo 29, y t. II, párrafo 83, págs. 294-299; Ricci, t. XIII, núms. 38-43; Giorgi, t. III, núms. 437-446; Lomonaco, t. I, núm. 25; Carboni, núms. 34-41; Degni, *Studi sul Diritto delle obbligazioni*, cap. III; Pacchioni, *Corso di Diritto Civile, Dei Contrati in generale*, cap. VII; Battistoni, *La causa nei negozi giuridice*; Ferrara, *Teoría del Negozio illecito*, números 1-32 y 40-42.

213. *El Código y los autores.* Siguiendo al Código Napoleón, el Código Civil Italiano de 1865, en su artículo 1104, enumera entre los requisitos esenciales para la validez de un contrato "una causa lícita para obligarse", y en su artículo 1119, reproduce el 1131 del Código Francés.

A semejanza de los autores franceses, los italianos que he citado en la bibliografía, se dividen en causalistas y anticausalistas.

Ferrara, que es causalista, en su *Teoría del negozio illecito*, número 32, página 65, dice que: "La ilicitud puede recaer: en el objeto del acto, en la causa o en una condición. Tenemos por lo mismo tres tipos: acto objetivamente ilícito, causalmente ilícito, condicionalmente ilícito."



Giorgi, que es anticausalista, dice que la palabra objeto debemos tomarla en sentido lato, comprendiendo en ella, no sólo el hecho constitutivo de la prestación, sino aún los motivos [t. III, núms. 284 y 285].

## SECCION 2ª DERECHO ESPAÑOL

214. BIBLIOGRAFIA. García Goyena, t. III, págs. 31-34; Valverde, tomo III, págs. 233-238; Manresa, t. VIII, págs. 675-687; Diego, t. IV, páginas 241-245.

215. *El Proyecto de Código.* Este proyecto, comentado por García Goyena, también considera a la "causa lícita de la obligación" como requisito indispensable para la validez del contrato [art. 985], y repite que "la obligación fundada en una causa falsa o ilícita no produce efecto legal" [art. 998]. Además, inspirándose en ideas francesas, explica lo que debe entenderse por causa, diciendo: "En los contratos onerosos, se entiende por causa para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio hecho por la otra parte: en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera; y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor" [art. 997].

216. *El Código Civil Español y sus comentadores.* Este Código, dice que: "No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes... Causa de la obligación que se establezca" [art. 1261]: que "los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno" [art. 1275]. Por último, en su artículo 1274 copia el 997 del Proyecto.

De los comentadores, unos, como Valverde, admiten la teoría de la causa y, otros, como Diego, la consideran criticable.

## SECCION 3ª DERECHO PORTUGUES

217. BIBLIOGRAFIA. Dias Ferreira, *Comentario al artículo 644*; Cunha Gonçalves, t. IV, núm. 519.

218. *El Código Civil Portugués.* Este Código, al enumerar en su artículo 643 las condiciones que debe tener el contrato para ser válido, no menciona la causa, difiriendo en este particular de los Códigos anteriores. Sí comprende entre esas condiciones un "objeto posible".

219. *Dias Ferreira.* Este autor, refiriéndose al objeto posible, se expresa así: "La posibilidad del objeto ha de ser no sólo física, sino jurídica, artículo 669. La posibilidad jurídica es la que en otras legislaciones se llama —causa lícita en la obligación— y que fue muy comentada por los

escritores del Derecho Romano" [t. II, pág. 8]. Como se ve, para el Código Portugués, la causa lícita no es un requisito distinto del objeto, sino que está comprendida en éste.

## SECCION 4ª DERECHOS ARGENTINO, AUSTRIACO, ALEMAN, SUIZO Y BRASILEÑO

220. *Código Argentino.* Este Código no enumera las condiciones requeridas para la validez de los contratos, pero habla de la causa de las obligaciones en los artículos 499 a 502, tomando la palabra causa, ya en el sentido de causa eficiente y en el sentido del fin considerado por las partes, o sea de motivo o factor impulsivo que determina a contraer la obligación, como enseña Colmo [núm. 9]. Se puede, pues, inscribir a la doctrina argentina en el número de los adversarios de la causa [Capitant, *De la cause des obligations*, núm. 82, pág. 176].

221. *Código Austríaco.* Este Código, que data de 1810, trata en su capítulo consagrado a los contratos, de la capacidad, del consentimiento, del carácter posible y lícito del objeto del contrato, pero no hace ninguna alusión a la causa [Capitant, *op. cit.*, 83, pág. 177].

222. *Código Alemán y Suizo.* El Código Alemán no enumera los elementos que son necesarios para la formación de un contrato, y no habla ni del objeto del contrato ni de la causa de las obligaciones que nacen de él. El Código Civil Suizo, libro quinto, que trata del derecho de las obligaciones, tampoco menciona esa causa. Capitant *[op. cit.*, núms. 83 y 84, págs. 178-179] considera, sin embargo, que la teoría de la causa se encuentra en estos Códigos bajo la forma que explica.

223. *Código Brasileño.* Este Código no hace mención de la causa sino en su artículo 90, que se refiere a la falsa causa, en donde esta última palabra está empleada en un sentido amplio que comprende el simple motivo; Clovis Bevilaqua, en las observaciones que hace sobre este texto, se coloca entre los anticausalistas [Capitant, *op. cit.*, núm. 82, pág. 175].

### CAPÍTULO TERCERO

### *Las teorías de la causa en derecho mexicano*

## SECCION 1ª CODIGO DE 1884

224. *Este Código es anticausalista.* Nuestros Códigos de 1870 [artículo 1395] y de 1884 [art. 1278], al establecer las condiciones que debe



reunir el contrato para ser válido, no mencionan entre ellas la causa, imitando en esto a los Códigos Austríaco y Portugués, y separándose de los Códigos Francés e Italiano y del Proyecto de Código Español, comentado por García Goyena. Ahora bien, si el término causa no ha sido acogido por nuestros Códigos como representativo de un elemento del contrato, debemos suponer que la mente de los redactores de esos Códigos ha sido no considerar la causa como elemento que debe agregarse a los que enumeran [véase Bonnecase, II, número 608 citado]; que no ha adoptado la teoría clásica de la causa enseñada por Domat, Pothier, Demolombe, etc., sino que, de acuerdo con las ideas de Dias Ferreira, Ernst y Laurent, la causa queda incluida, ya en el objeto, ya en el consentimiento.

225. *El objeto ilícito comprende el motivo ilícito.* Hay veces en que todas las prestaciones que son objeto del contrato son lícitas, consideradas en sí mismas, y, sin embargo, es indudable que el contrato, visto en su conjunto, resulta ilícito. Supongamos, por ejemplo, un contrato en el que un juez se obliga para con un litigante, que tiene la justicia de su parte, a pronunciar sentencia a su favor, y que, a su vez, el litigante, en recompensa, se obliga para con el juez a darle cierta cantidad de dinero. Pronunciar una sentencia justa es un acto perfectamente lícito y dar dinero no tiene en sí mismo nada de ilícito. No obstante, en el ejemplo propuesto, nadie podrá negar el contenido ilícito del contrato; el juez debe pronunciar la sentencia justa, sólo porque este es su deber y no por el móvil interesado de una remuneración pecuniaria que le promete o le da un litigante. En el mismo caso estaría el contrato por el que el ladrón se hiciese pagar por restituir al propietario la cosa robada [véase, en este sentido, Ferrara, número 21, página 39].

Cuando el artículo 1279, exige "que el objeto materia del contrato sea lícito", la palabra objeto debemos tomarla en sentido lato, comprendiendo en ella no sólo el hecho constitutivo de la prestación, sino aun sus motivos, como lo propone Giorgi [véase núm. 213 de este libro], ya que la causa lícita de la teoría clásica está comprendida en el objeto, según Dias Ferreira [véase núm. 219 de este libro].

226. *La falsa causa y el error sobre el motivo.* El Código Portugués contiene en el capítulo del mutuo consentimiento los artículos que dicen: "Artículo 657. El error del consentimiento puede recaer: I. Sobre la causa del contrato... Artículo 660. Si el error acerca de la causa fuese de hecho, sólo producirá nulidad si el contrayente engañado hubiese declarado expresamente que sólo contrató por razón de aquella causa y esta declaración hubiese sido aceptada por la otra parte. Artículo 661. El error sobre el objeto del contrato o sobre las cualidades del mismo objeto, sólo produce nulidad declarando el engañado o probándose por las circunstancias del mismo contrato, conocidas de la otra parte, que únicamente contrató por aquella razón y no por otra." Comentando estos artículos, Dias Ferreira dice: "Para el Código son nulos los contratos que tienen por *motivo*, como

se expresaba en el Proyecto primitivo, o por causa, como se expresaba en el Código, error de derecho o error de hecho" [t. II, pág. 12].

Seguramente, de los artículos transcritos del Código Portugués procede la fracción II del artículo 1296 de nuestro Código de 1884, que está colocado en el capítulo que se denomina: "Del consentimiento mutuo", y que está concebido en estos términos: "El error de hecho anula al contrato... II. Si recae sobre el *motivo* u objeto del contrato, declarándose en el acto de la celebración o probándose por las circunstancias de la misma obligación, que en el falso supuesto que *motivó* el contrato y no por otra *causa*, se celebró éste." Puede decirse que este es el caso de la falsa causa, que según la teoría de la jurisprudencia francesa se une al error sobre el motivo determinante del contrato, como lo hace observar Bonnecase [véase número 209 de este libro]. Esto quiere decir que la falsa causa no está considerada por el Código de 1884, como vicio de un elemento llamado causa, distinto del consentimiento, sino como vicio de éste, quedando así comprendida la causa (o mejor dicho el motivo) en el consentimiento.

## SECCION 2ª CODIGO DE 1928

227. *El Proyecto de este Código es anticausalista.* El artículo 2123 del Proyecto del nuevo Código, enumera, como condiciones que debe reunir el contrato para ser válido, las mismas enumeradas por el artículo 1279 del Código anterior, y por lo mismo omitió incluir la causa como un elemento especial en la formación del contrato. Así, pues, este Proyecto de Código siguió el ejemplo de los Códigos Argentino, Alemán y Suizo, y adoptó la teoría anticausalista preconizada por Planiol, y no la causalidad sostenida por Capitant.

228. *El Código de 1928 adopta la teoría del fin o motivo determinante de la voluntad.* El artículo 1795 del Código vigente, establece que: "El contrato puede ser invalidado... III. Porque su objeto o su *motivo* o *fin* sea ilícito", y el artículo 1831, agrega que: "El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres." Como se ve, este Código considera entre los elementos necesarios para la validez del contrato el fin o motivo lícito determinante de la voluntad de los contratantes, adoptando por consiguiente el punto de vista en que se coloca Bonnecase [véase núm. 209 de este libro] y empleando los términos de Duguit [véase núm. 210 de este libro]. El Código nuevo ha obrado con acierto agregando al objeto lícito el motivo también lícito, porque de esta suerte no habrá que hacer esfuerzo alguno de interpretación para nulificar aquellos contratos cuya finalidad sea ilícita, no obstante que las prestaciones que constituyen su objeto, tomando esta expresión en sentido restringido, sean lícitas en sí mismas.



229. *Sanción.* El artículo 2225 del Código vigente, establece que "La ilicitud... en el fin... del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa según lo disponga la ley." [Con relación a este precepto pueden verse los números 76 y 173 a 186 de este libro.]

230. *El error sobre el motivo.* Sobre esta materia, el Código vigente contiene el artículo 1813, que dice: "El error de derecho o de hecho invalida al contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa." [Con relación a este artículo véase lo que hemos dicho en el número 226 de este libro.]

## CAPÍTULO CUARTO

### *Temas relativos a la causa*

## SECCION 1ª DOCUMENTO SIN EXPRESION DE CAUSA

231. BIBLIOGRAFIA. PLANIOL, t. II, núms. 1042-1045; HÉMARD, t. II, número 1157; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XII, núms. 317-320; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, t. VI, núms. 265-266; DEMOGUE, t. II, núms. 864-875; COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 63-65; CAPITANT, *De la cause des obligations*, números 164-172; BUFNOIR, núms. 548-558; BEUDANT, núms. 232-243; DEMOLOMBE, t. I, núms. 361-368.

232. *Hipótesis prevista.* Se supone que una persona reclama de otra la ejecución de una obligación (ordinariamente el pago de una suma de dinero), y presenta un documento firmado por el deudor, y que contiene reconocimiento de su deuda, pero sin indicación de causa. El escrito dice, por ejemplo: "Reconozco deber al señor... 1,000 francos", o bien, "Prometo pagar al señor... 1,000 francos", sin decir por qué. ¿Esta suma es un precio de venta, un préstamo, una donación u otra cosa? No se sabe. [Planiol, t. II, núm. 1042.]

233. *Presunción.* El hecho de que una persona, bajo su firma, se reconozca deudora, debe considerarse como una presunción *juris tantum* de que su obligación tiene una causa real, supuesto que, como dice Capitant, toda persona que consiente en obligarse hacia otra se determina por la consideración de un fin, que obligarse sin fin sería el acto de un loco [véase núm. 205 de este libro, y Planiol, t. II, núm. 1039]. Al deudor le toca probar que la causa es ilícita, si así fuere.

## SECCION 2ª OBLIGACION ABSTRACTA

### I. La promesa abstracta de deuda en derecho alemán

234. BIBLIOGRAFIA. *Code Civil Allemand annoté*, t. III, págs. 317-320, Comentario de Lévy-Ullmann a los artículos 780 y 781 del Código; Enneccerus-Lehmann, *Derecho de obligaciones*, vol. 2º, párrafos 197-199; Lévy-Ullmann, *L'obligation et le contrat au premier quart du XXe siècle*, páginas 362-364 y 366; Saleilles, *La déclaration de volonté*, págs. 256 y 261; Saleilles, *Obligation*, págs. 259-266; Capitant, *De la cause des obligations*, números 86, 173 y 174; Demogue, t. II, núms. 847 y 889; Planiol, t. II, número 1046; Planiol, Ripert et Esmein, t. VI, núms. 267-269; Hémard, t. II, número 1158; Geny, *Science et technique*, etc., t. III, págs. 72-80; Rouast, "A propos d'un livre sur la cause des obligations". *[Revue Trimestrielle de Droit Civil*, t. XXII, anné 1923, pág. 404.]

235. *Comentario de Lévy-Ullmann al Código Civil Alemán.* El Código Civil Alemán, dedica el título vigésimo de la sección séptima, libro segundo, a la promesa de deuda y al reconocimiento de deuda. Del comentario de Lévy-Ullmann a este título, traducimos lo siguiente: "El Código, en este título y en los dos siguientes, se ocupa de las obligaciones que nacen de relaciones abstractas, es decir, de obligaciones válidas y civilmente obligatorias, abstracción hecha de la causa sobre la que se fundan. A esta categoría pertenecen, en primer lugar, las obligaciones que derivan de una promesa abstracta, es decir, desprendida de su causa, prácticamente, por ejemplo, de un documento por el cual el deudor se obliga por una suma determinada, sin indicación de por qué se obliga ni del fin jurídico inmediato en vista del cual es dada la promesa. Es lo que los alemanes llaman la promesa de deuda... El Código ve aquí por oposición a las otras relaciones obligatorias, un modo original de obligarse, cuyo objeto propio es refundir la obligación en una forma tal que haga válida *a priori* la obligación: esta validez no solamente será independiente de la mención expresa de una causa, sino que aun el acreedor estará dispensado de presentar la justificación de una causa, y corresponderá al deudor, si niega la causa, atacar su propia promesa sobre el terreno del enriquecimiento sin causa. Tal es la esencia de la promesa abstracta... el Código Civil Alemán... asimila a la promesa de deuda el reconocimiento de deuda, y que se distingue de ella porque contiene el reconocimiento expreso de una obligación preexistente, mientras que la promesa abstracta tiene por objeto fundar una obligación original. El reconocimiento de deuda no se confunde con la simple confesión que proporciona un medio de prueba al acreedor, sin darle ningún medio de derecho nuevo... es un título nuevo que funda una deuda nueva, a la cual el deudor entiende relacionar, por lo demás, su antigua obligación." *[Code Civil Allemand, traduit et annoté*, t. II, páginas 317-318.]



### II. Títulos de crédito abstractos

236. BIBLIOGRAFIA. Vivante, *Trattato di Diritto Commerciale*, 5ª edizione, t. III, núm. 955; Messineo, *I titoli di crédito*, 2ª ediz., 1933, t. I, cap. IV; Bonnelli, *De la cambiale, dell'assegno bancario e del contrato di conto corrente*, números 13-24; La Lumia, *L'obligazione cambiaria e il suo rapporto fondamentale*, 1923 *(Introduzione)*; Mossa, *La cambiale secondo la nuova legge*, 1935, tomo I, núm. 181; Jacobi, *Derecho cambiario*, traducción al español y notas de Roces, 1930, págs. 14-17 y 19-20; Arcangeli, *Teoria de los títulos de crédito*, traducción al español de Tena, 1933, núms. 63-68; Vicente y Gella, *Los títulos de crédito en la doctrina y en el Derecho positivo*, 1933, núms. 29-30; Tena, "Los títulos de crédito" *[Anales de Jurisprudencia*, t. XV, págs. 275 y siguientes].

237. *Conceptos de Vivante.* "Los títulos de crédito pueden circular como documentos de los derechos abstractos, esto es, aislados de la causa en donde tuvieron origen y por la cual son negociados. Aun en tales casos la emisión o la negociación tiene lugar por una causa concreta, por ejemplo, una remesa de mercancías o de dinero, ya que ninguno quiere obligarse sin razón; mas esta causa queda fuera de la obligación, no circula con ella, como sucede en la letra de cambio o en los billetes de banco. Esta separación querida del título de crédito de la causa que le dio nacimiento protege al acreedor contra las excepciones, frecuentemente complicadas e ignoradas, que podrían derivarse de la causa y en consecuencia hace de él un instrumento más seguro del crédito, casi un subrogado del dinero... La índole abstracta del crédito no es por lo mismo esencial ni connatural al título de crédito: quien lo dice confunde la índole literal que no falta nunca en él, con la índole abstracta, que no se encuentra sino por disposiciones excepcionales de la ley *[op. cit.*, t. III, núm. 955].

## SECCION 3ª "CONSIDERATION"

238. BIBLIOGRAFIA. *The National Cyclopaedia of Law*: "The Law of contracts", *Students edition*, 1913, págs. 143-172, párrafos 65-74; Jenks, et., *Digeste de Droit Civil Anglais*, 2ª éd., t. I, núms. 201 y sigs.; Walton, "Cause et consideration dans le Droit Anglais des obligations" *[Revue Trimestrielle de Droit Civil*, anné 1919, t. XVIII, págs. 469-473]; Lévy-Ullmann, *L'obligation et le contrat au premier quart du XXe siècle*, págs. 339 y 343-360; Madray, *Des contrats d'après la recente codification privée faite aux Etats-Unis*, 1936, núms. 45-52; Capitant, *De la cause des obligations*, núm. 87; Demogue, tomo II, núm. 884 *bis*.

239. *Noción general en el Derecho Inglés.* Del estudio de Walton, citado en el párrafo anterior, tomamos los conceptos siguientes: "El Derecho Inglés exige que todos los contratos sean o bien celebrados en cierta forma

o bien celebrados en vista de una *valuable consideration (valuable consideration* tiene el sentido de consideración apreciable en dinero). La doctrina de la *consideration* presenta una grandísima analogía con la teoría de la causa... conviene, en primer lugar, indicar muy sumariamente lo que se entiende por *consideration* y en qué contratos se exige. 1. Según el Derecho Inglés, todos los contratos cuyo objeto está prohibido por la ley o es contrario al orden público, son radicalmente nulos... 2. El Derecho Inglés no admite sino dos especies de contratos: los contratos *deeds*, es decir, los contratos sellados *(under seal)* y los contratos simples *(simple contracts)*. Una promesa a título gratuito hecha bajo la forma de un *deed* es obligatoria, pero no lo es si se hace por simple contrato, ya sea por escrito o verbalmente. Una promesa (a título oneroso) sin forma, es decir, una promesa hecha en un simple contrato, no es obligatoria en manera alguna, a menos que esté basada sobre una *valuable consideration*. En términos breves esto quiere decir que aquel a quien se hace la promesa debe haber pagado para obtener esta promesa. Es preciso que haya sufrido un perjuicio de tal naturaleza que haya provocado la promesa. Cuando hay una *consideration* así entendida, los tribunales no tienen que saber si es el equivalente de la promesa. La pérdida soportada por el acreedor puede ser ligera, pero si representa algún valor a los ojos del Derecho, esto basta. Es un adagio tradicional que un grano de pólvora puede ser una *consideration* suficiente para una obligación de cien libras esterlinas... 5. En materia de *consideration* el principio más importante es que en un contrato bilateral, la obligación lícita de una de las partes es una *consideration* válida para la obligación lícita de la otra... Encontramos aquí una regla que se parece de una manera notable a aquella que, desde Domat ha sido la regla clásica del Derecho Francés..."

Lévy-Ullmann encuentra identidad entre la noción inglesa de *consideration* y la francesa de causa en los contratos sinalagmáticos y en los contratos reales *[op. cit.*, pág. 355].

240. *Noción general en Derecho Americano.* "Consideración" es definida como un detrimento para el que recibe una oferta para contratar o un beneficio para el que hace dicha oferta. En cualquier contrato puede haber dos promitentes y dos personas que reciben las ofertas, o puede haber un promitente y una persona que reciba la oferta. Si el contrato es bilateral, es decir, que consiste en ofertas mutuas, hay dos promitentes y dos sujetos que reciben las ofertas, y la "consideración" por cada oferta es la oferta de la otra parte. En un contrato unilateral que se origina por la verificación de un acto en respuesta a una oferta que se hizo para que se verificara tal acto, hay sólo un promitente y un sujeto que recibe la oferta, pero la parte que verifica el acto nunca puede considerarse como promitente. Para ilustrar lo anterior, tomemos el siguiente ejemplo: *A* conviene en construir una casa para *B* en un año, de acuerdo con ciertos planes y bajo ciertos términos, y *B* conviene en pagarle por esta casa cuando esté concluida. Aquí hay dos promitentes, y la "consideración" por la oferta de cada parte es la oferta de la otra. *A*, que es un promitente y también un sujeto que recibe oferta, puede decir: "Yo hice esta oferta porque *B* me hizo la suya, en otras palabras, yo que he recibido la oferta de *B*, he resentido un detrimento a causa de dicha oferta." *A*, en consecuencia, como sujeto que ha recibido oferta, resintió un detrimento, el cual constituye la "consideración". O, en otro ejemplo un periódico ofrece cierto precio a cualquiera persona que le asegure un cierto número de suscripciones. *B* asegura estas suscripciones. En este caso el periódico fue el promitente y *B* la persona que recibió la oferta, pero *B* nunca fue promitente. Así, éste es un contrato unilateral en el cual sólo tenemos un promitente y un sujeto que recibió la oferta, y la "consideración" consiste en un detrimento para esta última persona, esto es, para *B*; detrimento que *B* sufrió a causa de la promesa de *A*. En esta forma viene a quedar clara la idea de lo que describimos como "consideración", como un detrimento para el que recibió la oferta de contrato... El término "detriment" puede ser definido como una pérdida de algo a lo cual uno tenía perfecto derecho legal... La *Exchequer Chamber*, en 1875, definió la "consideración" como sigue: "Una válida consideración", en el sentido de la ley, puede consistir ya en algún derecho, interés provecho o beneficio en favor de una de las partes, o ya una abstención, detrimento, pérdida o responsabilidad dada, sufrida o aceptada por la otra... Es suficiente que algo haya sido prometido, hecho, abstenido o sufrido, por la parte a quien la promesa se hizo, para considerar que hay "consideración" por la promesa que se le hizo... Pollock, en su obra sobre contratos [pág. 166], después de citar la definición dada por la *Exchequer Chamber*, ya citada, dice: "La segunda parte de esta descripción judicial es realmente la más importante. 'Consideración' significa, no tanto que una parte se esté beneficiando con que la otra abandone algún derecho legal en el presente, o limite su libertad legal de acción en lo futuro, sino que también induce a contratar por la oferta del primero." *[The National Cyclopaedia of Law*, "The Law of Contracts", *Students edition*, núm. 65, págs. 143, 144, 146 y 147.]

# APENDICE A LOS TITULOS TERCERO Y CUARTO

## LA MAXIMA "NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS"

241. BIBLIOGRAFIA. GARCÍA GOYENA, *Comentario a los artículos 1192 y 1193 del Proyecto de Código Civil Español;* MANRESA, t. VIII, *Comentario a los artículos 1305 y 1306 del Código Español;* MAYNZ, t. II, párrafo 276, II; DEMOLOMBE, *Des contrats,* t. I, núm. 382; LAURENT, t. XVI, núm. 164; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XII, núm. 316; PLANIOL, t. II, núms. 845-846; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, t. VII, núms. 748-751; DEMOGUE, t. II, núms. 877-881; BONNECASE, *Supplément,* t. VI, núms. 41 a 54; HÉMARD, t. II, núms. 1190 y sigs., 1213 y 1327; LÉVY-ULLMANN, *L'obligation et le contrat au premier quart du XX^e siècle,* págs. 336-338; COLIN et CAPITANT, t. II, núm. 62; CAPITANT, *De la cause des obligations,* núms. 114-119; RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles,* 2ª ed., núms. 104-110; TZARANO, *Etude sur la règle: "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans";* GIORGI, t. V, núms. 130-136.

242. *Significación de la máxima.* "Esta máxima significa que la acción en justicia será rehusada al demandante cuando no puede invocar en apoyo de su demanda sino un acto inmoral efectuado por él" [Tzarano, *op. cit.,* pág. 7].

243. *Código de 1884.* Respecto de la máxima de que estamos tratando, este Código contiene los artículos que dicen: "Artículo 1668. Si la nulidad procede de la ilegitimidad del objeto del contrato, se observará lo dispuesto en los dos artículos siguientes. Artículo 1669. Si el objeto del contrato constituye un delito o falta común a ambos contrayentes, ninguno de ellos tendrá acción para reclamar ni el cumplimiento de lo convenido ni la devolución de lo que haya dado; y ambos quedarán sujetos a la responsabilidad en que hayan incurrido, conforme a las prescripciones del Código Penal. Artículo 1670. Si sólo uno de los contratantes fuere culpable, podrá el inocente reclamar lo que hubiere prestado, sin tener obligación a su vez de cumplir lo que hubiere prometido. Artículo 1671. Si el objeto del contrato fuere algún hecho que, aunque moralmente reprobado, no sea punible conforme a la ley, y del cual fueren responsables ambos contratantes, ninguno de ellos podrá reclamar el cumplimiento de lo prometido, ni la restitución de lo que hubiere dado. Artículo 1672. Si sólo uno de los



contratantes fuere responsable del hecho reprobado, podrá el otro reclamar lo que dio, sin que esté obligado por su parte a cumplir lo que hubiere prometido."

244. *Análisis.* Cuando en los artículos 1669, 1670, 1671 y 1672 se dice que los contratantes no tendrán acción para reclamar el cumplimiento de lo convenido o, en otros términos, que el contratante no estará obligado a cumplir lo que hubiere prometido, simplemente se hace una aplicación de los principios sobre la nulidad de los contratos [art. 1279, frac. III].

En caso de que haya habido cumplimiento del contrato, se hace una distinción.

El contratante que es inocente puede reclamar lo que hubiere prestado [arts. 1670 y 1672], lo cual también es una aplicación de los principios sobre la nulidad de los contratos [art. 1680]. Ejemplo: una persona da dinero a otra para que ésta no cometa un delito o para que cumpla una obligación que jurídicamente debe cumplir. El que dio el dinero puede reclamar la devolución del que lo recibió.

Por excepción a los principios de la nulidad, y reconociendo la máxima *"Nemo auditur..."*, se rehusa el derecho de reclamación a los dos contrayentes en los artículos 1669 y 1671, y al culpable o responsable del hecho reprobado en los artículos 1670 y 1672 (argumento a *contrario sensu).* Ejemplo: H, celebra un contrato con O, por el cual éste se obliga a cometer el delito de plagio en la persona de Z, mediante una cantidad de dinero que H entrega a O. El primero no puede reclamar al segundo la devolución de ese dinero, ya sea que O ejecute o no el hecho delictuoso.

245. *Comentario de García Goyena.* Nuestros artículos 1669 a 1672 tienen semejanza con los artículos 1192 y 1193 del Proyecto del Código Civil Español comentado por García Goyena. En los comentarios de estos artículos el autor da a conocer los fragmentos del Derecho romano y las leyes de Partidas que son antecedentes de esos preceptos.

246. *Doctrina y jurisprudencia francesas.* Tzarano, en su estudio sobre la regla *"Nemo auditur..."*, se expresa en estos términos: "La máxima no reposa sobre ningún texto del Código civil. En efecto, el legislador de 1804 no la ha reproducido a diferencia de los antiguos autores, y especialmente de Pothier, que la enseñaba en el antiguo Derecho Francés... La cuestión de saber si el adagio encontraba aún su aplicación después de la redacción del Código, se ha planteado a propósito de la interpretación del artículo 1131, que pronuncia, sin hacer distinción alguna, la nulidad absoluta de la obligación sin causa o basada en causa ilícita. Esta cuestión había dado lugar a discusiones interesantes entre los autores franceses del siglo XIX. Dos sistemas se habían formado en doctrina: el sistema tradicional que enseñaba la aplicación de la máxima aún en el silencio del legislador, y otro sistema que enseñaba la abrogación tácita de la regla por el Código

Civil y la aplicación en todos los casos de la acción en repetición sin distinción alguna. Casi todos los autores contemporáneos han abandonado la máxima... La jurisprudencia se presenta muy indecisa; aplica la regla a los contratos inmorales: así mirada, la máxima aparece encerrando una idea moral bien definida" *[op. cit.*, págs. 7-8].

247. *Crítica.* Cuando se cumple una obligación válida no se puede reclamar la devolución de lo que se ha dado. Cuando se ejecuta una obligación convenida en un contrato con objeto delictuoso o inmoral, el contrato no es válido o, en otros términos, es nulo, y, sin embargo, por virtud de la máxima *Nemo auditur* se produce el mismo efecto que si el contrato fuera válido [véase Planiol, t. II, núm. 846].

248. *Código de 1928.* Este Código no ha reproducido los artículos 1668 a 1672 del Código de 1884. En consecuencia, cuando se cumple el contrato que tiene un objeto delictuoso o inmoral, los contratantes deben restituirse mutuamente lo que hubieren recibido o percibido, en virtud o por consecuencia del acto anulado [arts. 2225 y 2239].

La máxima *Nemo auditur* tampoco ha sido acogida por el Código vigente al tratar del contrato cumplido y que ha tenido un fin ilícito o contrario a las buenas costumbres. En efecto, el artículo 1895 de este Código, prescribe lo siguiente: "Lo que se hubiere entregado para la realización de un fin que sea ilícito o contrario a las buenas costumbres, no quedará en poder del que lo recibió. El cincuenta por ciento se destinará a la Beneficencia Pública y el otro cincuenta por ciento tiene derecho de recuperarlo el que lo entregó."

## TÍTULO QUINTO

## LA FORMA DEL CONSENTIMIENTO

249. *Tabla A*

C. a. 1279 IV.—G. 985 V.
" " 1286.—C. P. 647.—C. v. 1803.
" " 1287.—C. P. 648.—C. v. 1803.
" " 1322.—
" " 1323.—C. v. 1832.
" " 1679.—G. 1187.—C. N. 1338.—C. v. 2231 y 2234.

250. *Tabla B*

C. v. 1795 IV.—P. F. I. 11.—C. a. 1279 IV.
" " 1796.—C. Civ. 1870. 1392.—C. E. 1258.
" " 1803.—C. Arg. 1145.—C. a. 1286 y 1287.
" " 1811.—C. Com. 80.—C. Com. E. 51.
" " 1832.—C. Com. 78.—C. O. 11.—C. a. 1323.
" " 1833.—C. E. 1279.
" " 1834.—C. O. 13.
" " 2227.—Bonnecase, *Suppl.*, t. III, núms. 108, 83 y 90.
" " 2228.—Bonnecase, *Suppl.*, t. III, núms. 80, 92 *bis* y 108.
" " 2229.—C. a. 1674.
" " 2231.—C. a. 1679.—G. Comentario al art. 1187.—C. Arg. 1062.—C. N. 1338.
" " 2232.—Nuevo.
" " 2234.—C. a. 1679.—G. 1187.—C. N. 1338.
" " 2235.—C. Arg. 1065.

251. BIBLIOGRAFIA. JHERING, *L'esprit du Droit Romain, traduit par* O. de Meulenaere, 3ª éd., t. III, págs. 162-366; GIRARD, págs. 453-463 y 500-641; VALVERDE, t. I, págs. 478-486, y t. III, págs. 241-248; MANRESA, t. VIII, págs. 688-701; BONNECASE, *Supplément*, t. II, núms. 379-476; BONNECASE, *Précis*, t. II, núms. 190-198; COLIN et CAPITANT, t. I, núms. 55-57, et t. II, números 15-19 et 25-26; PLANIOL, t. I, núms. 285-286, et t. II, núms. 963-974, 991-996 et 1293-1301; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XI, núms. 21-23, et t. XIV, núms. 1984-2023; DEMOGUE, t. I, núms. 173-212 *bis*; GENY, *Science et*

*Technique*, etc., t. III, núms. 202-206; GIORGI, t. I, núms. 293-380, y t. III, números 193-208; CARRARA (G.), *La formazione dei contrati*, págs. 357-396; DEGNI, *Studi sul diritto delle obbligazioni*, págs. 33-57; GARCÍA GOYENA, *Artículo 1187 y su comentario;* J. PALLARES, "Los contratos solemnes" *[Revista de Legislación y Jurisprudencia*, t. III, pág. 169]; *Datos de* MACEDO sobre los artículos 1276, 1279 IV, 1322 y 1326 del Código de 1884; J. PALLARES, *Derecho Mercantil Mexicano*, págs. 966 y siguientes.

## CAPÍTULO PRIMERO

### *Noción de la forma. Consentimiento expreso y tácito. Silencio*

### SECCION 1ª LA DOCTRINA

252. *Noción.* Ya sabemos que para que haya contrato válido no basta el consentimiento, o sea el acuerdo de voluntades, sino que es necesario que éstas tengan una manifestación exterior; la manifestación del consentimiento es un elemento extrínseco del contrato, lo que constituye la forma de él.

253. *Consentimiento expreso.* A veces la manifestación se hace expresamente para formar el contrato. Ejemplo: verbalmente una persona propone a otra la celebración de un contrato y ésta acepta en una carta. El consentimiento se ha expresado en lenguaje hablado y en lenguaje escrito. También puede exteriorizarse el consentimiento por medio de signos o gestos, *verbi gratia:* si una persona propone verbalmente a otra la celebración de un contrato y ésta manifiesta su conformidad con un simple signo afirmativo de cabeza, ese movimiento será la forma de la aceptación del contrato. Un mudo expresará su consentimiento, no hablando, no escribiendo, sino por signos, forma en que se expresa aquél. Todas estas maneras de manifestar el consentimiento se hacen con el fin de llegar a la celebración del contrato, son manifestaciones directas, y a esto es a lo que se llama consentimiento expreso [Giorgi, t. III, núms. 158-163 y 170; Colin et Capitant, t. II, núm. 25; véase Bonnecase, *Supplément*, t. II, núm. 392].

254. *Consentimiento tácito.* En doctrina se conoce, además, el consentimiento tácito, o sea la manifestación indirecta de la voluntad. Cuando no se ha empleado una forma directa para celebrar un contrato, pero se ejecutan hechos que demuestran que se ha celebrado, porque esos hechos, que pueden ser también palabras, etc. [Bonnecase, *Supplément*, t. II, número 394] no tienen otra explicación, los mismos se consideran como voluntad tácita o indirecta [Colin et Capitant, t. II, núm. 25; Giorgi, t. III, núm. 187; Bonnecase, *Supplément*, t. II, núm. 394]. El que sin proferir palabra alguna ocupa un puesto en un ómnibus o en un tranvía y se deja transportar hasta determinado sitio, celebra tácitamente un contrato de transporte [Giorgi, t. III, núm. 188]. Si una persona que tiene tomado en arrendamiento un predio rústico, concluido el arrendamiento continúa usando del predio, tácitamente manifiesta su voluntad de que siga el contrato [Colin et Capitant, t. II, núm. 25; Planiol, t. II, núm. 971]; ese arrendatario no ha expresado su voluntad de palabra, por escrito ni por ningún signo, sino que se ha puesto, por ejemplo, a hacer sus preparativos de labranza para el año próximo, lo cual es una manifestación tácita de su voluntad sobre que el contrato quede renovado por otro año [arts. 3004 C. a. y 2486 C. v.].



255. *Silencio.* ¿Se puede decir que el silencio forma un consentimiento tácito? No. El silencio es distinto del consentimiento tácito, porque éste es una manifestación de voluntad y el silencio no manifiesta nada [Colin et Capitant, t. II, núm. 26; Laurent, t. XV, núm. 483]. Sin embargo, hay veces en que el silencio se efectúa en tales condiciones, que parece que el que guarda silencio acepta la proposición que se le hace. Pero, como advierte Laurent: "a veces el consentimiento resulta de hechos que acompañan al silencio y que le dan una significación que no tiene por sí mismo" [t. XV, núm. 486]. En el ejemplo anterior del predio rústico, el arrendador simplemente no se opone a que el arrendatario siga usando de la cosa, es decir, guarda silencio y éste se toma como aceptación para que se renueve el contrato por otro año [arts. citados]. El silencio en sí mismo no produce la aceptación del contrato, sino por las condiciones en que el silencio se presenta y en virtud de las cuales se realiza una aceptación tácita [V. artículo 2547 C. v.].

### SECCION 2ª NUESTROS CODIGOS

256. *Código de 1884.* El artículo 1286 de este Código, dice: "El consentimiento de los que contratan debe manifestarse claramente." Al exigir este artículo que el consentimiento se manifieste, desde luego excluye al simple silencio [Dias Ferreira, t. II, pág. IX]. Del mismo artículo no se infiere que la manifestación del consentimiento deba ser expresa, porque en el consentimiento tácito también hay manifestación clara. Hay casos en que el consentimiento tácito es elocuentísimo. Ejemplo: *A* propone a *B* venderle en cien pesos un reloj, *B* recoge el reloj y pone en manos de *A* los cien pesos.

El artículo 1287 del C. a., dice: "Sólo el que tenga imposibilidad física para hablar o escribir podrá *expresar* su consentimiento por otros signos indubitables." Aunque hay la opinión de que este artículo excluye el consentimiento tácito, a mi modo de ver, sólo se refiere al consentimiento *expreso*, para el cual exige que se hable o que se escriba y en caso de imposibilidad, admite que se empleen otros signos, que son también parte del consentimiento expreso, según hemos visto. Por lo mismo, no quiere excluir el consentimiento tácito, que en ninguna parte lo prohíbe.

257. *Código del D. F.* Este Código, en su artículo 1803, dice: "El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente. Como se ve, el Código vigente con toda claridad acepta el consentimiento expreso y el tácito y determina los caracteres de uno y de otro, de acuerdo con la doctrina [Salvat, *Parte General*, núm. 1763-1768; Lafaille, *Curso de Contratos*, t. I, núms.. 87-92].

257 bis. *Código Civil Federal*. La fracción I del artículo 1803 del ordenamiento federal fue actualizada en 2000 para quedar: "...I. Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos...". La fracción II del precepto quedó intocada.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### *Documento público y documento privado*
### *Telegramas y radiogramas*

258. *La prueba*. No basta que un contrato se celebre efectivamente, sino que es necesario que pueda demostrarse su existencia, especialmente a un juez, y para ello debe tenerse un medio de prueba de que se celebró el contrato. La materia de la prueba en España, Francia e Italia está regida por los Códigos Civiles; en México lo está por el Código de Procedimientos Civiles.

259. *Documentos privados y públicos*. Entre los medios de prueba se encuentra el documento privado y el documento público. El primero es el escrito que redactan y firman los contratantes para hacer constar en él el contrato que han celebrado y las condiciones del mismo. El documento público es el que está autorizado por un funcionario público, especialmente por un notario, que por delegación del Estado, tiene fe pública, de manera que lo que asevera que ha pasado ante él debe creerse, a menos que fuere legalmente declarada su falsedad. [V. núm. 318 *bis* de este libro.]

260. *Telegrama y Radiograma*

*a*) El Código de 1884 no prevé la celebración de contratos por medio de telegrama o de radiograma.

*b*) El Código de Comercio, en el segundo párrafo de su artículo 80, decía: "La correspondencia telegráfica sólo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido este medio previamente y en contrato escrito, y siempre que los telegramas reúnan las condiciones o signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes, si así lo hubiesen pactado."

Este precepto fue una transcripción de la segunda parte del artículo 51 del Código de Comercio Español. González de Echávarri, comentando el



precepto, dice: "La limitación que el Código señala para el empleo de la correspondencia telegráfica, responde, sin duda alguna, al deseo de evitar posible sustitución de contratantes y a las falsedades, pero parécenos, exageradas las preocupaciones que toma, haciendo poco menos que inútil un medio rápido y progresivo de contratación mercantil" [*Comentarios al Código de Comercio*, 2ª ed., t. I, pág. 297. En el mismo sentido Benito, *Manual de Derecho Mercantil*, t. II, págs. 232-233, núms.. 1171 y 1172].

*c*) El Código de 1928, ahora del D. F., inspirándose en el artículo 80 del Código de Comercio, establece: "La propuesta y aceptación hechas por telégrafo producen efectos si los contratantes con anterioridad habían estipulado por escrito esta manera de contratar y si los originales de los respectivos telegramas contienen las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos" [art. 1811].

Pueden considerarse como fundamento del precepto anterior, las siguientes consideraciones de Giorgi: "Aunque los telegramas considerados respecto a su fin están lógicamente comprendidos como las cartas, entre los modos de trasmitir a los que están ausentes, la voluntad de quien los expide, el peligro de error, la alteración casual o del engaño, se acentúa de tal suerte que nadie soñaría en aplicar a las comunicaciones telegráficas las reglas que rigen el valor probatorio de las cartas... el telegrama es obra de terceras personas y no ofrece seria certeza intrínseca de la procedencia del remitente y de su fidelidad respecto del despacho original... Mittermayer... demostraron que el telegrama no era verdaderamente más que una copia del despacho original, hecha por el telegrafista a quien el remitente entregara el original... a los telegramas sí podría atribuírseles autenticidad en cuanto testimoniaban que a la hora indicada se trasmitieron desde la estación remitente una serie de signos telegráficos, los cuales, traducidos en lengua vulgar, tienen el significado del telegrama, no atestiguan la conformidad de los signos telegráficos, trasmitidos por la oficina con el despacho original, ni que éste proceda del remitente; no habiendo el telegrafista de la oficina de llegada visto el despacho original ni a quien lo expidió" [t. I, núm. 385, págs. 398-400].

*d*) Lo expuesto sobre el telegrama es aplicable al radiograma.

*e*) El Código de Comercio (nuevo texto de su artículo 80) y el Código Civil Federal (2º párrafo del artículo 1811), permiten el consentimiento por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología.

## CAPÍTULO TERCERO

### *Evolución histórica de las formalidades en los contratos*

### SECCIÓN 1ª DERECHO ROMANO Y EDAD MEDIA

261. *Antiguo Derecho Romano*. En el antiguo Derecho Romano, el acuerdo de voluntades era inoperante por sí mismo para crear obligaciones;

era necesario que ese consentimiento estuviese incorporado en una solemnidad jurídica [Girard, pág. 453]. No había sino contratos formales: el deudor estaba obligado en razón del cumplimiento de una solemnidad [Girard, pág. 477], por ejemplo, de la estipulación que consistía en un acto compuesto de una pregunta y una respuesta concordantes: "*¿Spondesne?*" "*Spondeo*" [Girard, pág. 507].

262. *Evolución*. Después, en el propio Derecho Romano, se comenzaron a introducir excepciones, a saber: los contratos reales (mutuo, comodato, depósito y prenda) en los que tan sólo se exigía la entrega de la cosa, y los contratos consensuales (venta, arrendamiento, sociedad y mandato) en los que la obligación nacía del consentimiento, independiente de la forma. Por último, con la admisión de los pactos y los contratos innominados, se notó una evolución del formalismo hacia el consensualismo; pero siempre considerándose como regla el primero y sólo como excepción el segundo [Girard, pág. 456 a 463].

263. *La importancia* del formalismo en los actos jurídicos ha sido puesta de relieve por Jhering en su famoso libro "*El Espíritu del Derecho Romano*", en el que dedica a ese tema las páginas 162 a 366 del tomo III [3ª edición].

264. *Edad media*. Durante la Edad Media, el Derecho Germánico introdujo ciertos formalismos simbólicos distintos de los del Derecho Romano, y el Derecho canónico proclamó, en todo caso, el valor del consentimiento por sí mismo, o sea el verdadero consensualismo [Colin et Capitant, t. II, núm. 18; Valverde, t. III, págs. 241 y 242].

## SECCIÓN 2ª ESPAÑA

265. *Consensualismo*. En España, bajo la influencia del Derecho canónico, encontramos una nota acentuada de consensualismo en la ley única, título XVI del Ordenamiento de Alcalá, que es la ley 1, título I, libro X, de la *Novísima Recopilación*. "Pareciendo que alguno se quiso obligar a otro por promisión o por algún otro contrato o en otra manera; sea tenido de cumplir aquello que se obligó y no puede poner excepción, que no fue hecha estipulación que quiere decir prometimiento con cierta solemnidad de derecho... mandamos que todavía vala dicha obligación y contrato que fuere hecho, en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar a otro." Esto es la desaparición del formalismo, el *súmmum* del simple consensualismo.

266. *García Goyena*. Esta idea, evidentemente excesiva, fue modificada en el Proyecto de Código Civil comentado por García Goyena, en el que se conserva el consentimiento como base [art. 978], pero se enumera entre los requisitos indispensables para la validez de los contratos la



forma o solemnidad requerida por la Ley [art. 985], y se impone la forma en varios contratos.

267. *Código Civil Español*. El Código Español vigente ha vuelto al sistema espiritualista, diciendo en su artículo 1258: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan..." y agregando en el artículo 1278: "Los contratos serán obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez."

268. *Crítica*. Valverde critica este sistema, diciendo: "Sería desconocer la realidad si no se declarara que la doctrina y la legislación contemporáneas son favorables a la forma de los actos jurídicos y, por ende, de los contratos. Se considera la forma como un sistema de protección legal de una sociedad en descomposición de elementos como la nuestra, la mejor garantía de los actos jurídicos y el mejor reconocimiento de la libertad de las convenciones, por lo mismo que como dijo Jhering, la forma es enemiga jurada de la arbitrariedad y hermana gemela de la libertad, es una valiosa garantía de los intereses públicos y privados y jamás podrá ser eliminada del derecho" [t. III, pág. 245].

## SECCIÓN 3ª FRANCIA

269. *Consensualismo en principio*. En Francia, algunos autores consideran que el principio del Derecho moderno consiste en que el consentimiento, por regla general, no está sometido para su manifestación a ninguna formalidad [Aubry et Rau, t. IV, pág. 293; Demolombe, t. I, núm. 33; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 21; Colin et Capitant, t. I, número 56].

270. *Evolución y formalismo moderno*. Planiol enseña que el contrato ha comenzado por ser formalista, que después el progreso ha consistido en un movimiento hacia el consensualismo hasta llegar éste a su apogeo, y termina diciendo: "Las relaciones complicadas que nacen de una civilización avanzada multiplican las probabilidades de fraudes y de errores a las cuales están expuestas las partes en los contratos desprovistos de formas. De allí precauciones más y más numerosas, la creación de oficiales especiales destinados a redactar, a autenticar o a conservar las actas, notarios, escribanos, oficiales del estado civil, conservadores de las hipotecas, receptores del registro, etc. El exceso de cultura produce así efectos análogos a los de la simplicidad y de la ignorancia de los pueblos antiguos, y la solemnidad de los actos jurídicos reaparece por todas partes con formas nuevas, bajo los nombres de autenticidad, de registro, de transcripción, etc. Esto no es simbolismo, es la desconfianza" [t. I, núm. 286].

271. *Renacimiento del formalismo*. Demogue dice que el formalismo en nuestras civilizaciones adelantadas tiende a renacer para dar más se-

guridad en las transacciones, por una parte, y por otra para proteger ciertas clases sociales, en fin, para permitir operaciones jurídicas más rápidas [t. I, núm. 192].

272. *Supervivencia del formalismo.* Bonnecase, después de referirse a las opiniones anteriores, sostiene que no se debe hablar de renacimiento del formalismo, sino de su supervivencia, que el Derecho Civil moderno jamás ha repudiado de una manera general el formalismo, sino que simplemente lo ha suavizado con fines múltiples *[Supplément,* t. II, núm. 381].

273. *El formalismo es necesario.* Colin y Capitant, reconocen que el formalismo corresponde a una necesidad social eterna [t. II, núm. 19].

## CAPÍTULO CUARTO

### *La evolución en México*

274. *Antiguo consensualismo.* En nuestra patria, antes de la vigencia del Código Civil de 1870, tuvimos el principio de la ley del Ordenamiento de Alcalá, de que de cualquiera manera que aparezca que uno quiso obligarse quede obligado, o como dice Sala: "Todo pacto que es conforme a derecho produce obligación siempre que conste la voluntad de obligarse sin que se pueda alegar que no hubo solemnidad, porque ninguna se necesita" *[Ilustración del Derecho Real de España,* etc., México, 1852, t. I, pág. 280].

275. *Consensualismo y formalismo.* El Código de 1870, en su artículo 1392, al influjo de la antigua legislación española y copiando el artículo 978 del Proyecto comentado por García Goyena, dijo: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan..." y en su artículo 1395, al enumerar las condiciones necesarias para la validez del contrato, sólo hizo mención de la capacidad, del consentimiento y del objeto; mas no de la forma. Sin embargo, puede decirse que el principio del artículo 1392 fue desmentido en el propio Código, porque casi para cada contrato impuso una forma. Así es que si a primera vista aparecía el Código de 1870 consensualista, tenía este carácter más en apariencia que en realidad.

276. *Formalismo moderno.* Los términos del artículo 1392 del Código de 1870 cambiaron en el Código de 1884, cuyo artículo 1276, dice: "Los contratos legalmente celebrados obligan...", es decir, se suprimió la declaración de que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y sólo se declaró que eran obligatorios los contratos legalmente celebrados *[Datos,* de Macedo, pág. 78]. "Desde esta ley (la citada del Ordenamiento de Alcalá) —dice el señor licenciado don Miguel S. Macedo—, ha prevalecido la teoría de bastar el simple consentimiento para dar por perfeccionados los contratos. Sin embargo, las legislaciones modernas, que han comprendido que existe un grande interés público en prevenir los pleitos y asegurar ciertos bienes por su mayor importancia, han sancionado el precepto de que determinadas especies de obligaciones deben constar precisamente en cierta forma, y que en consecuencia, no son válidas si se otorgan en forma diferente [arts. 1439 a 1279 y 1323 del nuevo Código, 1001, 1202 y 1220 Proy. de Código Español]. Desde el momento que se sanciona este precepto, es inexacto el principio de que todo contrato es consensual y, por lo mismo, se perfecciona por el simple consentimiento, independientemente de las formalidades externas. Si al mismo tiempo se sancionan ambos principios, como se hizo en el Código de 1870 y en el Proyecto de Código Español, inmediatamente aparecen la confusión y la duda. Goyena, comentando el artículo 973 del Proyecto Español, dice: "Sin embargo, debe tenerse presente la sección 6ª del capítulo 2º (que se ocupa de la forma o solemnidad de los contratos): el solo consentimiento de las partes no basta en algunos casos para producir obligación; y los de la mencionada sección pueden muy bien llamarse contratos escritos." La necesidad de exigir forma determinada para ciertos contratos es indudable, y ha sido reconocida por los Códigos modernos, ya imponiendo la pena de nulidad al contrato otorgado en forma diferente, ya prohibiendo que puedan ser probados por medios diversos de los prescritos en la ley, como lo hace el Código Napoleón, artículo 1341. Además, para la reforma de este artículo se tuvo presente que aunque abolida la antigua división de los contratos en consensuales y reales, ha subsistido siempre la declaración de que el contrato de prenda no puede surtir efecto alguno si la prenda no ha sido entregada y se conserva en poder del acreedor" *[Datos,* de Macedo, página 79].

El Código de 1884, al reproducir el artículo 1395 del Código de 1870, en su artículo 1279, a las condiciones que debe reunir el contrato para ser válido, agregó la siguiente: "IV. Que se haya celebrado con las formalidades externas que exige la ley." Refiriéndose a esta adición, el señor licenciado don Miguel S. Macedo se expresa así: "Como hemos dicho, al determinar formalidades externas especiales para ciertos contratos, el legislador se ha propuesto evitar litigios y poner a salvo, fuera de toda duda y de todo ataque, los derechos que ha creído de mayor importancia, como son los de propiedad raíz, o que ha considerado más expuestos a abusos, como los de seguros, etc. A fin de proteger este interés social, se han establecido formas especiales y necesarias, que no pueden ser modificadas ni dispensadas por contrato: *Privatorum conventio juri publico non derogat [Dig.,* Ley 45, párrafo 1, Tít. XVII, Lib. L]. Para dar sanción a este precepto, ha sido necesario declarar nulos los contratos celebrados sin respetarlo, que es lo que se ha hecho al adicionar el artículo en cuestión" *[Datos,* de Macedo, pág. 79].

277. *Consensualismo en principio y formalismo moderno.* El Código de 1928, en su artículo 1832, parodiando a la citada ley española, dice: "En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas", pero agrega, "fuera de los casos expresamente designados por la ley". Asimismo, en el artículo 1796, dice: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes..." Y en el artículo 1795, establece que: "El contrato puede ser invalidado:... IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece."

## CAPÍTULO QUINTO

### *Contratos consensuales, solemnes y formales*

### SECCION 1ª CONTRATOS CONSENSUALES Y SOLEMNES

278. *Contratos consensuales.* "Los contratos consensuales son aquellos para cuya perfección basta el solo consentimiento de las partes... Poco importa que no se haya extendido escrito alguno: el escrito puede tener importancia desde el punto de vista de la prueba del consentimiento, si una de las partes niega su existencia; pero no es necesario para la formación del contrato cuya base es ese consentimiento. Una de las partes que no negara haber consentido no podría retractarse, so pretexto de que el contrato no ha sido probado por la escritura... En principio, los contratos son consensuales en nuestro derecho. Esta regla sufre excepción relativamente por los contratos solemnes" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 21].

279. *Contratos solemnes por virtud de la Ley.* "Se designa con el nombre de contratos solemnes a aquellos que la Ley somete a cierta formalidad que prescribe bajo pena de inexistencia del contrato. El consentimiento de las partes es necesario para la perfección de estos contratos, como de todos los otros, pero no basta: no tiene valor alguno a los ojos de la Ley si no se ha manifestado en las formas prescritas por ella. En ausencia de esas formas, cada parte está autorizada a decir: He consentido, lo reconozco, pero rehuso hacer lo que he prometido, porque mi consentimiento, no habiendo sido dado en la forma legal, no me obliga. Aquí, pues, la forma es la que da existencia la cosa" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, número 22].

280. *Contratos solemnes por voluntad de las partes.* "En razón de la libertad que, en nuestra legislación, preside a los convenios, nada impediría



a las partes hacer solemne un contrato que, por su naturaleza, no tiene ese carácter, estipulando que ciertas formas, por ejemplo, la redacción de una acta notarial, serán una condición de la existencia misma de ese contrato" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 22].

281. *Formalidades probatorias y solemnidades.* "¿Qué debe entenderse por acto o contrato solemne? Para responder a esta cuestión, es preciso recordar la distinción que las leyes establecen entre las formalidades queridas solamente *probationis* causa, y aquellas que se requieren *solemnitatis* causa. Una formalidad es prescrita *probationis* causa cuando su solo fin es probar la existencia del hecho. Es al contrario establecida *solemnitatis* causa, cuando no solamente es exigida para probar el hecho, sino porque el legislador, en razón de la importancia del acto, ha querido rodearlo de mayor solemnidad, sea para hacer más difíciles la supresión o suposición del acto, sea por cualquier otro motivo. La consecuencia de la cual nos ocupamos forma precisamente la diferencia esencial entre las formalidades exigidas *probationis* causa y las exigidas *solemnitatis* causa, es que las primeras pueden ser suplidas, siempre que la prueba que resulte del acto supletorio sea tan perfecta como la que resultaría de la formalidad misma; en tanto que al contrario, las segundas no habiendo sido prescritas con el único fin de probar el hecho, el acto al cual faltara una sola de esas formalidades sería nulo, aun cuando no hubiera ninguna duda sobre la sinceridad de su contenido. Esta nulidad atacaría el acto en su principio, no podría ser cubierta ni por la ratificación ni por el lapso de tiempo" [Solon, *Théorie sur la nullité des conventions et des actes de tout genre, en matière civile*, 1835, t. II, núm. 355].

### SECCION 2ª CONTRATOS FORMALES

#### I. CARÁCTER DISTINTIVO

282. *Posición intermedia.* Entre el contrato consensual y el solemne cabe el contrato, al que podríamos designar con el nombre de formal [véase Giorgi, t. I, núm. 296], en el que la forma prescrita ni sea simplemente probatoria ni su omisión haga inexistente al contrato, sino que esté sancionada con la nulidad relativa del mismo.

283. *García Goyena.* Tal es el caso del artículo 1187 del Proyecto de Código Civil Español, que dice en su párrafo final: "La ratificación o cumplimiento voluntario de una obligación nula por falta de forma o solemnidad, en cualquiera tiempo en que se hagan, extinguen la acción de nulidad; salvo los casos en que la ley especialmente dispone lo contrario." García Goyena, en su comentario al artículo transcrito, considera el cumplimiento voluntario con el carácter de ratificación tácita, y refiriéndose

expresamente a la obligación nula, por falta de forma, dice: "Esta ratificación queda también sujeta a la reserva del párrafo primero, es decir, que no ha de concurrir en ella el mismo u otro vicio de nulidad."

## II. Ratificación o confirmación

284. BIBLIOGRAFIA. Laurent, t. XVIII, números 605-668; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIV, núms. 1984-2052; Planiol, t. II, núms. 1293-1301; Planiol, Ripert et Esmein, t. VI, núms. 306-309; Colin et Capitant, tomo II, núms. 460-462; Josserand, t. II, núms. 344 y sigs.

285. *Ratificación expresa.* Dice Laurent en el tomo XVIII de sus *Principes de Droit Civil Français:* "Confirmar, es purgar el vicio que contamina a una obligación, renunciando al derecho de prevalecerse de él para pedir la nulidad del acto. Se sigue de allí que aquel que confirma debe conocer el vicio que entiende purgar [núm. 607]... Es de evidencia que aquel que no conozca el vicio que anula la obligación no puede tener la intención de reparar la nulidad, es decir, que no puede confirmar [número 607]... La confirmación es una renuncia a la acción de nulidad, luego es una manifestación de voluntad. Ahora bien, la voluntad puede manifestarse de una manera expresa o de una manera tácita: la confirmación es, pues, expresa o tácita [núm. 612]. La confirmación es expresa cuando la voluntad de aquel que renuncia a la acción de nulidad resulta de una declaración formal, es decir, de una declaración hecha por algunas palabras [núm. 613]..."

286. *Cumplimiento voluntario.* Laurent, en su obra y tomo citados en el número anterior, dice: "A falta de acto de confirmación basta que la obligación sea ejecutada voluntariamente para que el vicio que la hacía nula quede borrado. Se supone que aquel que ejecuta la obligación tenía la capacidad de renunciar a la acción de nulidad; se supone que conocía el vicio que le daba el derecho de pedir la anulación del acto. Si, en estas circunstancias, ejecuta la obligación, la ejecución implica, necesariamente, la intención de no atacar el acto, es decir, la intención de confirmarlo. No se ejecuta un acto nulo cuando se propone uno pedir su nulidad; ejecutarlo es, pues, renunciar al derecho que se tenía de obrar. A esto se llama confirmación tácita, porque la voluntad de confirmar resulta de un hecho en lugar de declararse por medio de palabras [núm. 620]... ¿Cuáles son las condiciones requeridas para que la ejecución valga confirmación? La Ley dice que la ejecución debe ser voluntaria... ¿Qué es la ejecución voluntaria?... ¿El que ejecuta una obligación nula entiende confirmarla? Sí, si sabe que el acto es nulo y si no obstante lo ejecuta; no se le podía obligar a ello, porque hubiera podido oponer al acreedor una excepción perentoria; ejecuta, pues, sabiendo que no está obligado a ejecutar, lo que



implica la intención de renunciar a la acción de nulidad, así como a la excepción de nulidad. Ejecutar voluntariamente es, pues, ejecutar con la intención de confirmar [núm. 621]... la confirmación tácita está regida, en general, por los mismos principios que la confirmación expresa, lo que es muy lógico, porque la confirmación es un solo y mismo hecho jurídico, es una renuncia a la acción de nulidad; la renuncia debe tener los mismos caracteres, ya sea que se haga por palabras o que se induzca de un hecho efectuado por el que tenía el derecho de pedir la nulidad [núm. 624]... ¿La ejecución parcial puede invocarse como confirmación tácita? [número 635]... La intención de confirmar es la misma ya sea la ejecución parcial o total; ahora bien, desde que hay voluntad de confirmar, la confirmación existe y la obligación es revalidada" [núm. 635].

287. *Efecto retroactivo.* Dice Laurent, en la obra y tomo citados en los dos números anteriores: "La confirmación obra retroactivamente hasta el día en que la obligación se contrajo. Esto resulta de la esencia misma de la confirmación. Es una simple renuncia a los medios y excepciones que uno podía oponer contra el acto nulo [núm. 653]... sin perjuicio, sin embargo, del derecho de los terceros" [núm. 657].

## SECCION 3ª SISTEMA DEL CODIGO DE 1884

288. *Contratos consensuales.* "Ningún contrato necesita para su validez más formalidades externas que las expresamente prevenidas por la Ley" [art. 1323].

289. *Formalidad.* "Artículo 1322. Todo contrato a plazo por más de seis meses y cuyo interés exceda de doscientos pesos, necesita para ser válido constar precisamente por escrito, ya sea otorgándose el contrato mismo en documento privado, ya otorgándose recibo u otra constancia escrita, salvo los casos comprendidos en disposiciones especiales. Si las prestaciones del contrato fuesen periódicas, su cuantía será regulada por el monto de una anualidad. Cuando la persona que deba firmar un documento no supiere escribir, firmará por ella otra persona a su ruego ante dos testigos." Además, el Código de 1884, para la mayoría de los contratos que reglamenta, establece una formalidad.

290. *Contratos formales.* El artículo 1279, fracción IV, prescribe que para que el contrato sea válido debe haberse celebrado con las formalidades externas que exige la Ley; así es que cuando no se observan esas formalidades el contrato no es válido, o en otros términos, es nulo.

La nulidad es relativa según los artículos 1674 y 1679, que copiamos a continuación: "Artículo 1674. La acción y la excepción de nulidad competen a las partes principales y a los fiadores; exceptuándose aquellos casos en que la Ley dispone expresamente otra cosa." "Artículo 1679. La ratificación y el cumplimiento voluntario de una obligación nula por falta de

forma o solemnidad, en cualquier tiempo en que se hagan, extinguen la acción de nulidad; exceptuándose los casos en que la Ley expresamente dispone lo contrario."

291. *Ratificación.* Según el diccionario de la Real Academia Española, ratificar denota "aprobar o confirmar una cosa que se ha dicho o hecho dándola por valedera y cierta."

El artículo 1679 (cuyo texto aparece en el número precedente), es casi una copia del artículo 1187 del Proyecto de Código Civil Español [véase el número 283 de este libro]. Así es que, de conformidad con el comentario de García Goyena, la ratificación expresa debe hacerse en la forma omitida al celebrarse el contrato.

El Código Napoleón es antecedente del Proyecto de Código Español. Los comentarios, pues, de Laurent, que hemos dado a conocer en los números 285 a 287 anteriores, son aplicables en la interpretación de nuestro artículo 1679.

291 *bis. Falta de acción para que se dé al contrato la forma legal.* El señor licenciado Miguel S. Macedo, en sus *Datos*, citados, refiriéndose al artículo 1279, fracciones IV, del Código de 1884, razona así: "La reforma hecha en él, combinada con la hecha en el artículo 1392 a., 1276 del nuevo Código, hace ya insostenible, según nuestra humilde opinión, la doctrina frecuentemente sostenida en la práctica de que el contrato celebrado sin las formalidades externas prescritas por la Ley da acción para reclamar que se llenen esas formalidades, y una vez llenadas, para reclamar el cumplimiento del contrato: esta teoría desvirtúa fundamentalmente los preceptos legales, pues no hace sino alargar un poco el camino para obtener la ejecución del contrato y autorizar que se llegue a exigir el cumplimiento de una obligación nula, lo cual es un contrasentido. Creemos que las disposiciones del nuevo Código en esta materia alejan todo peligro e impiden toda discusión: conforme a ella, sólo son obligatorios los contratos legalmente celebrados, y no son válidas sino las obligaciones contraídas en la forma exigida por la Ley. Véanse los artículos 1322 y 1323 del nuevo Código y los artículos 9 y 10 del nuevo Código de Procedimientos, que corresponden a los 10, 11 y 12 del de 1880, los cuales establecen un caso de excepción, que a nuestro juicio es el único que existe; dichos artículos se refieren al caso de minuta firmada ante notario, la cual consideran como instrumento que puede ser equiparado a las escrituras públicas en cuanto a fuerza probatoria."

## SECCION 4ª SISTEMA DEL CODIGO DE 1928

292. *Contratos consensuales.* Según hemos visto en el número 277 de este libro, el Código vigente expresa en términos enfáticos la regla de que



los contratos son consensuales, aunque no por eso deja de establecer formas para la mayoría de los que reglamenta.

293. *Forma escrita.* "Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación. Si alguna de ellas no puede o no sabe firmar, lo hará otra a su ruego y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que no firmó" [art. 1834].

Este texto se refiere a la forma escrita como tal; pero no a la forma auténtica [Rossel, t. I, núm. 50]. Forma escrita se exige, por ejemplo, en los artículos 2947 del Código de 1884 y 2406 del Código de 1928, que dicen: "El contrato de arrendamiento debe otorgarse por escrito..."

293 *bis. Medios electrónicos.* "Los supuestos previstos por el artículo anterior se tendrán por cumplidos mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, siempre que la información generada o comunicada en forma íntegra, a través de dichos medios sea atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta." (artículo 1834 bis del Código Civil Federal).

294. *Contratos formales.* Cuando no se observe la forma establecida por el Código respecto de algún contrato, esta omisión producirá la nulidad relativa del mismo contrato. Así resulta con toda claridad de los artículos que a continuación transcribimos: "Artículo 1795. El contrato puede ser invalidado... IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece." "Artículo 2228. La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes... produce la nulidad relativa del mismo (acto)." "Artículo 2229. La acción y la excepción de nulidad por falta de forma compete a todos los interesados."

295. *Confirmación.* Según los artículos 2226 a 2228, y 2231, la nulidad del contrato al que le falta la forma establecida por la Ley desaparece, o sea, se extingue por la confirmación de ese contrato hecha en la forma omitida. "El cumplimiento voluntario por medio del pago, novación o por cualquier otro modo, se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad" [art. 2234]. "La confirmación se retrotrae al día en que se verificó el acto nulo; pero ese efecto retroactivo no perjudicará a los derechos de tercero" [art. 2235]. Los términos en que están concebidos los artículos que acabamos de citar, revelan que la confirmación o ratificación a que se refieren coincide con la ratificación de que trata el Código de 1884. Por lo mismo, los comentarios de García Goyena y de Laurent son también aplicables a dicha confirmación.

Los términos textuales del artículo 2231, son éstos: "La nulidad de un acto jurídico por falta de forma establecida por la Ley, se extingue por la confirmación de ese acto *hecho* en la forma omitida." La palabra "hecho"

es una errata de imprenta. Esta palabra debe substituirse por la palabra "hecha", qu , refiriéndose a la confirmación hace que el artículo preinserto tenga el sentido que debe tener, o sea el del artículo 1679, del Código de 1884, y el del artículo 1187, del Proyecto de Código Español comentado por García Goyena. Esta corrección se funda, además, en que el señor licenciado García Téllez, señala como concordancia del artículo 2231 de nuestro Código vigente, el artículo 1062 del Código Civil Argentino, que dice: "La forma del instrumento de confirmación debe ser la misma y con las mismas solemnidades que estén exclusivamente establecidas para el acto que se confirma."

El licenciado García Téllez designa como concordancia del artículo 2235 del Código vigente, el artículo 1065 del Código Argentino y, este artículo, según la anotación que tiene al calce, puesta por su autor, concuerda, a su vez, con el Código Francés, artículo 1338 al fin, por lo que indudablemente lo que dicen los comentaristas franceses sobre el efecto retroactivo de la confirmación será aplicable a la interpretación del repetido artículo 2235. [Además, puede consultarse el comentario de Salvat, *Derecho Civil Argentino*, parte general, núms. 2690 a 2695].

296. *Acción para que se dé al contrato la forma legal.* "Cuando la Ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal" [art. 1833]. "Cuando la falta de forma produzca nulidad del acto, si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley" [art. 2232]. Como se ve, estos artículos constituyen una innovación de nuestro Derecho, ya que como hemos visto, la teoría opuesta era la consagrada por el Código de 1884, según lo expuesto en los *Datos*, de Macedo [núm. 291 bis de este libro].

# PRIMER APENDICE AL TITULO QUINTO

## SISTEMA DEL CODIGO DE COMERCIO

297. *Textos del Código.* "Artículo 78. En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados." "Artículo 79. Se exceptuarán de lo dispuesto en el artículo que precede. I. Los contratos que con arreglo a este Código u otras leyes deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia; II. ...En uno y otro caso, los contratos que no llenen las circunstancias respectivamente requeridas, no producirán obligación ni acción en juicio."

298. *Concordancias.* El primero de los artículos transcritos concuerda con la Ley del Ordenamiento de Alcalá ya citada [números 265 y 274 de este libro].

El segundo artículo, o sea el número 79, concuerda con el artículo 52 del Código de Comercio Español, con la diferencia de que en el Código Mexicano, las palabras "u otras leyes", sustituyen a las palabras: "o a las leyes especiales", contenidas en el artículo del Código Español.

299. *Opinión del licenciado Jacinto Pallares.* Este notabilísimo jurisconsulto mexicano, en su *Tratado de Derecho Mercantil* [páginas 972 a 974], interpreta el artículo 79 de nuestro Código de Comercio en estos términos: "Para penetrar en la intención de los autores de nuestro Código necesitamos ver cuál fue la intención de los autores del Código Español, cuyo artículo 52 está casi textualmente copiado en el 79 de nuestro Código. Según aquél: 'se exceptúan de la franquicia de no estar sujetos a formalidades externas determinadas los contratos que con arreglo a este Código (el Mercantil Español) o a las leyes especiales, deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia'. Redactado así el precepto, tiene efectos prácticos y consigna una positiva franquicia a favor de los actos mercantiles, pues no declara obligatoria para ellos toda clase de formalidades, sino sólo las exigidas por leyes especiales, pero no las exigidas por el Derecho común o civil, de las cuales precisamente quedan librados los actos mercantiles, y en esto consiste la franquicia de

que gozan. Mas como nuestro Código no habla de leyes especiales, sino de otra leyes, y una de esas otras leyes es el Código Civil y el Derecho común en general, resulta que al alterar el artículo del Código Español, hizo una alteración no sólo inútil, sino absurda. Sea de ello lo que fuere, es evidente que la frase otras leyes de que usa nuestro Código, equivale a la de leyes especiales de que usa el Español, y si cambió la frase quizá por cierto puritanismo constitucionalista (porque nuestra Constitución prohibe en cierto sentido leyes especiales), la intención fue la misma y por esto debemos aceptar como la única, fundada y racional interpretación de dichos artículos 78 y 79, la única que deja con sentido y aplicación posible a dichos preceptos, la de que exceptuando los actos que deban reducirse a escritura pública, los otorgados en el extranjero y los que por leyes especiales, como sobre minas, ferrocarriles, etc., etc., deban revestir cierta forma, todos los demás se pueden hacer constar o probarse por testigos y por cualquiera otro medio, aunque el Derecho común o civil exija una formalidad especial. En una palabra, que la frase formas necesarias para su eficacia se refiere a sólo aquellas que sean o tengan el carácter de sacramentales, como las relativas a la necesidad de escritura pública en contrato sobre inmuebles. En este sentido están redactados los artículos 25 del Código Belga, 278 y 317 del Alemán, 44 del Italiano y 295 del Portugués."

300. *Opinión del licenciado Felipe de J. Tena.* Este autor, en su *Derecho Mercantil Mexicano* [tomo I, núm. 203, págs. 387 a 390] tratando de la misma cuestión, se expresa así: "Externado así todo el pensamiento del legislador, tenemos, pues, que la validez de un contrato mercantil no depende de la observancia de ninguna especie de formalidades o requisitos, menos cuando el Código de Comercio, el Código Civil, el Código Procesal del mismo ramo o cualquiera otra ley habida o por haber, reclamen para la eficacia del contrato la observancia de determinados requisitos o formalidades. ¿Qué queda, pues, en pie del principio tan enfáticamente proclamado por el artículo 78? ¿Qué alcance, qué significado práctico puede tener tal artículo en presencia del que inmediatamente le sigue? Absolutamente ninguno, como no sea el de patentizar bien a las claras la reprehensible ligereza y descuido, que no la ignorancia, con que los redactores del Código desempeñaron su grave cometido... La llamada excepción, por lo ilimitado de sus términos, deja el principio reducido a una fórmula vana."

301. *Mi opinión.* Ya que el sentido del artículo 79 del Código de Comercio no se presenta con claridad, debe hacerse su interpretación conforme a las reglas establecidas, de la manera siguiente: *a)* Interpretación gramatical. Dicho artículo en su fracción I comprende las formas o solemnidades necesarias para la eficacia de los contratos establecidos por el Código Civil, supuesto que este Código es "otra ley" con relación al Código de Comercio. *b)* Interpretación lógica. No habiendo, por desgracia, exposición de motivos en nuestro Código de Comercio que nos ilustre en el



caso, no tenemos como elemento para la interpretación lógica de la fracción I de nuestro artículo 79, sino su comparación con el artículo 52 del Código de Comercio Español. De éste se copió esa fracción, pero cambiando las palabras "leyes especiales" por "otras leyes". Este cambio en la expresión implica cambio de idea y, por lo mismo, no podemos decir que a nuestro Código corresponde la misma interpretación que al Código Español, sino una diferente. Esta debe ser, de acuerdo con una de las indicaciones del jurisconsulto don Jacinto Pallares, la de que cuando el Código Civil establece una forma no sólo para la prueba, sino como necesaria para la validez de un contrato, esa forma deberá observarse también cuando el contrato sea mercantil [véase el número 299 de este libro]. *c)* Interpretación sistemática. Entendida así la fracción I del artículo 79 del Código de Comercio, habrá armonía entre este Código y el Civil.

301 *bis. Nulidad.* Los términos de la parte final del artículo 79 de nuestro Código de Comercio, hacen pensar que los contratos que no se celebran en la forma requerida por la Ley son inexistentes; pero acudiendo a la interpretación sistemática debemos concluir que cuando a un contrato mercantil se le aplique el requisito de forma establecida por el Código Civil, la falta de esa forma no debe producir sino una nulidad de la misma naturaleza que la establecida por el Código Civil, es decir, por regla general una nulidad relativa.

# SEGUNDO APENDICE AL TITULO QUINTO

## *LOS INSTRUMENTOS NOTARIALES*

### SECCION 1ª LEGISLACION Y BIBLIOGRAFIA

302. *Legislación. A)* Al consumarse la independencia el notariado continuó regido por las disposiciones contenidas en las Leyes Españolas, especialmente en las Leyes de Partidas [t. XVIII y XIX, pág. 3 y t. IX, pág. 2] y en la Novísima Recopilación [t. XIV 2, II, t. XV L. VII y t. XXIII L. X]. Los Gobiernos Nacionales expidieron diversas disposiciones relativas al ejercicio del notariado, sin que hubiera existido, hasta este momento, una regulación completa. [Cfr. las siguientes disposiciones: Circular de la Secretaría de Justicia de 1° de agosto de 1831 que fija los requisitos para obtener el título de Escribano en el Distrito Federal y Territorios; Decreto de 30 de noviembre de 1834 sobre la Organización de los Juzgados del Ramo Civil y Criminal en el Distrito Federal; Ley de 23 de mayo de 1837 sobre el arreglo Provisional de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común; Circular de 27 de octubre de 1841 expedida por el Ministerio de Justicia en la que se dictan medidas sobre la conservación y seguridad de los Protocolos de los Escribanos por interesarse en ello las fortunas de los ciudadanos; Decreto del Gobierno, expedido el 30 de noviembre de 1846 sobre Organización de los Juzgados del Ramo Civil y Criminal del Distrito Federal; Decreto de 19 de diciembre de 1846; publicado por Bando de 22 del mismo diciembre, estableciendo los Oficios Públicos vendibles y renunciables; Decreto de 14 de julio de 1848 sobre Nombramiento y Distribución de Escribanos; Decreto de 16 de agosto de 1848 que aclara las disposiciones de 30 de noviembre y 19 de diciembre de 1846; Orden de la Secretaría de Justicia de 30 de septiembre de 1848, relativa a las horas de despacho de los Escribanos; Decreto sobre Registro de Firmas y Signos de los Escribanos de 29 de diciembre de 1849; Decreto de 28 de agosto de 1851 que establece que ningún Escribano puede ejercer sin estar inscrito en la matrícula, contra lo dispuesto en el artículo tercero de sus Estatutos mandados observar por cédula de 19 de junio de 1792, en que se previene que la inscripción ha de ser forzosa y no voluntaria; Decreto de 25 de agosto de 1852 que dispone que los Escribanos presenten a la Corte de Justicia un inventario de sus protocolos; Orden del Ministerio de Justicia, de 20 de noviembre de 1852, fijando término a los



Escribanos para matricularse; Comunicación de 30 de junio de 1853 expedida por el Ministerio de Justicia, sobre que los Escribanos practiquen por sí mismos las Diligencias Judiciales; Decreto de 29 de septiembre de 1853 en el que se dispone que los abogados no necesitan examen para hacerse cargo de los Oficios Públicos].

*B)* Más adelante, el ejercicio del Notariado se sujetó a las disposiciones de las leyes expedidas para el arreglo de la administración de Justicia. Tal es el caso de las Leyes de 16 de diciembre de 1853, dictada por el gobierno del Gral. Santa Ana, y de 29 de noviembre de 1858, expedida durante la administración del Presidente Zuloaga. Durante esa época la regulación del ejercicio del Notariado fue complementada con disposiciones destinadas a proveer en asuntos especiales. [Cfr. Decreto de 4 de febrero de 1854 estableciendo Escribanos Públicos en las Cabeceras de Distrito en donde no los hubiere; Decreto de 21 de febrero de 1854 sobre Matrícula de los Escribanos; Providencia de 14 de julio de 1854 sobre los Avisos de los Escribanos en punto a inventarios en que tenga interés la Instrucción Pública; Circular del Ministerio de Justicia de 2 de noviembre de 1854 sobre avalúos de Oficios de Escribanos; Circular del Ministerio de Justicia de 12 de junio de 1855 sobre quienes pueden actuar como Escribanos; Comunicación del Ministerio de Justicia de 3 de diciembre de 1855 sobre que los Escribanos pueden ser Agentes de Negocios; Resolución de 5 de julio de 1856 que dispone que los Escribanos de lo Criminal pueden abrir despacho público.] La desamortización de los bienes de manos muertas obligó a los Escribanos a proporcionar informes sobre las escrituras otorgadas ante ellos por las que se adjudicaran fincas o tuvieran relación con el procedimiento de desamortización. [Cfr. Resoluciones de: 5 de septiembre de 1856, 17 de septiembre de 1856, 20 de septiembre de 1856, 22 de septiembre de 1856, 7 de noviembre de 1856, 18 de diciembre de 1856, 22 de agosto de 1857, 15 de septiembre de 1857, 9 de enero de 1861, 12 de junio de 1861, 19 de septiembre de 1861, 30 de enero de 1862, 30 de junio de 1862, y 7 de julio de 1862.]

*C)* Al establecerse el segundo Imperio la Regencia proveyó la actuación de los Escribanos [Decreto de 1° de febrero de 1864] y más adelante el Emperador Maximiliano promulgó la "Ley Orgánica del Notariado y del Oficio de Escribano" de 30 de diciembre de 1865, en donde por vez primera se distingue entre Notario y Escribano, reservando la primera denominación para aquellos que intervienen en las escrituras y la segunda para quienes ejercen una función semejante a la de los actuales Actuarios. Es también mérito indiscutible de esta ley el haber regulado al Notariado en forma separada de otras materias con las que hasta esa fecha había estado integrada. Al desaparecer el Imperio el mes de junio de 1867 la ley dejó de aplicarse y quienes ejercieron el Notariado en los lugares ocupados por la administración imperial tuvieron que rehabilitarse y obtener nuevo título los que lo habían obtenido del antiguo régimen [Cfr. Decretos de 19 y 20 de agosto de 1867].

*D*) Restaurada la República el gobierno del Presidente Juárez expidió la "Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal", que marca, en forma definitiva la distinción entre Notarios y Actuarios. Casi en forma simultánea, la "Ley de Instrucción Pública del Distrito Federal" de 2 de diciembre de 1867 señala los estudios que deben cursar los Escribanos para poder desempeñar su cargo, dando así mayor seguridad sobre la competencia y preparación de los Notarios. [Esta legislación fue explicitada o reformada por las siguientes disposiciones: Ley de 5 de diciembre de 1867 reduciendo los Oficios Públicos y Escribanías; Circular del Ministerio de Justicia en la que se manda que los Escribanos den una noticia sobre los instrumentos por los que no se hayan pagado los derechos fiscales; Reforma a la Ley de Instrucción Pública de 31 de marzo de 1869; Circular del Ministerio de Justicia de 6 de agosto de 1869 sobre disposiciones a que deben sujetarse los Escribanos para el cobro de sus derechos; Reforma a la Ley de Instrucción Pública de 15 de mayo de 1869; Reglamento de la Ley de Instrucción Pública de 9 de noviembre de 1869; Decreto que deroga el artículo 4 de la "Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal" de 28 de mayo de 1875; Decreto de 31 de mayo de 1884 que modifica la "Ley de Notarios y Actuarios del Distrito Federal" en lo relativo a la expedición de testimonios.]

*E*) Durante el gobierno del General Porfirio Díaz el Notariado recibió una nueva reglamentación al promulgarse la "Ley del Notariado para el Distrito Federal" de 19 de diciembre de 1901 que abrogó todas las leyes anteriores relativas al notariado. Esta ley exigió por primera vez el título de abogado para obtener la patente de notario, y declaró incompatible la función notarial con el ejercicio profesional de la abogacía. [El artículo 4 de esta ley fue reformado por Decreto de 4 de diciembre de 1912. Sus disposiciones fueron reguladas por numerosos acuerdos, circulares, y criterios, los cuales pueden consultarse en el folleto denominado: "Recopilación de las Circulares Expedidas por la Secretaría de Justicia de 1902 a 1904." Publicación del Consejo de Notarios de la Ciudad de México. México, 1904; y las expedidas de 1902 a 1926 en los "Apéndices" del 1° al 134 del volumen denominado "Codificación Notarial" anotada y concordada por el Lic. Manuel Andrade, Presidente del Consejo de Notarios de la Ciudad de México, con la colaboración del Lic. Clicerio Díaz, Director del Archivo General de Notarías. Herrero Hermanos, Sucesores, México, 1927.] Los frecuentes cambios de gobierno operados en el país durante la época de la Revolución plantearon de nuevo problemas sobre la actuación de los notarios designados por autoridades consideradas ilegítimas, con la consiguiente inseguridad para quienes les habían confiado sus negocios. [Cfr. el Decreto de 24 de abril de 1913 que declara nulos los actos autorizados por los notarios nombrados por Victoriano Huerta y por el Gobierno de la Convención y el Decreto de 12 de julio de 1916 sobre la misma materia.]

*F*) La legislación porfiriana sobre notariado fue substituida el 9 de enero de 1932 por la "Ley del Notariado para el Distrito y Territorios Federales". Esta ley derogó todas las leyes anteriores en lo que se oponían a ella. En consecuencia quedaron vigentes ciertos artículos de la ley de 1901. Se suprimió la intervención de los testigos instrumentales para el otorgamiento de las escrituras y se estableció la sucesión del Notario titular por su respectivo adscrito, propiciando así la herencia y venta de las notarías.



*G*) La ley de 1932 fue abrogada por la "Ley del Notariado para el Distrito y Territorios Federales" de 31 de diciembre de 1945. Esta ley estableció el sistema de oposiciones para cubrir las notarías vacantes cerrando así las posibilidades para la venta o herencia de notarías. Suprimió las minutas y reguló en forma acertada el ejercicio del notariado. [El 5 de julio de 1946 el Presidente de la República expidió un Acuerdo relativo a la actuación de los Notarios Asociados y Suplentes; el 31 de diciembre de 1952 fueron reformados los artículos 16, 29, 32, 34, fracciones III, VIII y IX, 124, 167 y 168 de la ley; el 23 de diciembre de 1965 se reformó el artículo 2 de la ley.] Las disposiciones de esta ley han sido comentadas en las ediciones de la segunda a la séptima de esta obra.

*H*) La ley anterior fue abrogada por la "Ley del Notariado para el Distrito Federal" de 8 de enero de 1980 que ordenó la instalación de las notarías vacantes y de las de nueva creación en las distintas delegaciones de la entidad según las necesidades de cada una de éstas; dispuso que el jurado para los exámenes de aspirante al notariado y para los de oposición quedará integrado por tres servidores públicos y por dos notarios. Fue objeto de reformas por decreto de fecha 13 de enero de 1986 para dar cabida al protocolo abierto especial, en folios, para después encuadernarse, pero sólo para actos en que interviniera el Departamento del Distrito Federal y entidades de la Administración Pública Federal para el fomento a la vivienda o con motivo de regularización territorial. El protocolo abierto quedó establecido como único en el Distrito Federal, por reforma a esta ley que iniciaría su vigencia el 6 de enero de 1994.

*I*) Actualmente rige al notariado la "Ley del Notariado para el Distrito Federal" con vigencia a partir del 28 de mayo de 2000, reformada por decreto publicado en la Gaceta Oficial del 14 de septiembre del 2000, la cual se comenta en los números siguientes.

*J*) Relacionadas también con el Notariado deben considerarse las normas que han regido al "Colegio de Notarios" y al "Archivo de Notarías", así como las diversas disposiciones dictadas sobre aranceles. [Entre ellas deben destacarse las siguientes:

1. *Colegio de Notarios*. Real Cédula de Carlos III de 19 de junio de 1792 que autoriza a erigir el "Colegio de Escribanos de la Ciudad de México". Estatutos del Real Colegio de Escribanos de México. Aprobados por su Magestad en Real Cédula de 19 de junio de 1792. México: por D. Felipe Zúniga y Ontiveros, calle del Espíritu Santo, año de 1793. Reglamento del Colegio Nacional de Escribanos del 12 de octubre de 1870. Reglamento

del Colegio de Notarios de la Ciudad México de 9 de septiembre de 1902 (Reformado en: 21 de diciembre de 1906, 1º de julio de 1913 y 1º de julio de 1914). Reglamento del Colegio de Notarios de 12 de abril de 1937. Reglamento del Consejo de Notarios del Distrito Federal de 18 de junio de 1946. Estatutos del Colegio de Notarios del Distrito y Territorios Federales protocolizados en la Ciudad de Toluca, Estado de México el 11 de mayo de 1946 ante el Notario Público número uno, Silviano García, modificados para adaptarlos a la ley de 2000, por asamblea cuya acta fue protocolizada en escritura número 26,143 de 1º de septiembre de 2000 ante el notario Fernando Trueba Buenfil.

2. *Archivo de Notarías*. Decretos de 29 de abril de 1861 y 28 de mayo de 1875 que ordenan la creación del Archivo de Notarías. Título III de la Ley del Notariado de 1901 que regula "Los Archivos Generales de Notarías". Leyes del Notariado de 1932 y 1945 que regulan el "Archivo General de Notarías". Reglamento del Archivo General de Notarías del Distrito Federal de 24 de marzo de 1947 y "Reglamento del Registro Público de la Propiedad de 20 de julio de 1988. Actualmente está regulado en la Ley del Notariado de 2000.

3. *Aranceles*. Capítulo IV del Arancel de Tribunales de 12 de febrero de 1840, que establece al Arancel de los Escribanos; Circular del Ministerio de Justicia de 6 de agosto de 1869 sobre disposiciones a que deben sujetarse los Escribanos para el cobro de sus derechos; Decreto de 31 de julio de 1921 relativo al Arancel de Notarios para el Distrito y Territorios Federales; "Arancel de Notarios para el Distrito y Territorios Federales de 30 de diciembre de 1947". "Arancel de Notarios para el Distrito Federal de 19 de julio de 1988" y "Arancel de Notarios del Distrito Federal" publicado en la *Gaceta Oficial* de 28 de noviembre de 2000.

303. BIBLIOGRAFÍA EXTRANJERA. *Ley Orgánica del Notariado y su Reglamento*, Madrid, 1945. MENGUAL Y MENGUAL, *Elementos de Derecho Notarial*, 1931 a 1934, 2 tomos, el segundo dividido en 3 volúmenes; FERNÁNDEZ CASADO, *Tratado de Notaría*, 1895. 2 vols.; CASTÁN TOBEÑAS, *Función Notarial y Elaboración Notarial del Derecho*, 1946; GIMÉNEZ-ARNAU, *Introducción al Derecho Notarial*, 1945, GONZÁLEZ PALOMINO, *Instituciones de Derecho Notarial*, 1948; SANAHUJA Y SOLER, *Tratado de Derecho Notarial*, 1945, 2 vols.; OTERO Y VALENTÍN, *Sistema de la función notarial*, 1933; DE LA HERRÁN DE LAS POZAS, *Derecho Notarial*, 1946; BELLVER CANO, *Principios de Régimen Notarial Comparado*; GARCÍA MARTÍNEZ, *Contestaciones al Programa de Oposiciones Directas a Notaría*, t. I, 1948. El tomo II de esta obra tiene por autor a GIMÉNEZ ARNAU, 1954; NÚÑEZ LAGOS, *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, 1945. Estos estudios, además, se encuentran en los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, primer volumen, año de 1945, Madrid, pág. 379; NÚÑEZ LAGOS, *Los esquemas conceptuales del instrumento público*; NÚÑEZ LAGOS, *La firmeza de las relaciones jurídicas constituidas en escritura pública*; NÚÑEZ LAGOS, *La fe pública*; NÚÑEZ LAGOS, *El Pasado y su prueba. Valor confesorio del instrumento público*; NÚÑEZ LAGOS, *Falsedad civil en documentos públicos*; NÚÑEZ LAGOS, *Perfiles acerca del concepto y clases de documentos*; NÚÑEZ LAGOS, *El documento medieval y Rolandino*; *Comentarios de Rolandino*, titulados *Aurora*, etc.; NÚÑEZ LAGOS, *Hechos y Derechos en el documento público*; COUTURE, *Conferencias sobre Teoría de la Buena Fe en el Proceso Civil*. Cuarta conferencia relativa a *El Concepto de la Fe Pública*, 1947; ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, palabras "Instrumento Público", "Minuta" y "Minutario"; CONTI, *Comentario teórico-práctico della nuova legge su notariato*, 1880, 2 vols.; MICHELOZZI, *Il notariato secondo la nuova legge italiana*, 5ª ediz., 1900; DURANDO, *Il Tabellionato o notariato*, 1897; CARUSI, *Il Negozio Giuridico Notariale*, Parte General, 1947; INTERSIMONE, *Il notario nella storia e nella vita*, 1949; *Testi unico delle eggi sul l'ordinamento del notariato e degli archivi notariali*, 1952; GIANFELICE e TRECCO, *L'ordinamento del notariato italiano nelle sue leggi constitutive*, 1955; MAGUET, *Traité et formulaire a Lusage des Aspirants au Notariat et pour la Preparation aux Examens*, 3ª éd., 1947, 2 vols., la misma obra, 4ª ed., 1953, vol. I; AMIAUD, *Traité Formulaire général alphabétique et raisonné du notarial*, 7e. éd., 1924 a 1926, 5 vols.; *Repertorie Général Alphabétique du Droit Français*, t. II, Vº, Acte notarié, t. XXVIII, Vº Notairie; DENEUX, *La Responsabilité Civile des Notaires comme Conseils de leurs Clients*, París, 1932; RAUCO et CAMBIER, *Traité du Notariat*, Bruxelles, 1943, 2 volts.; MUSTAPICH, *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial*, 1955, 2 vols.; EMERITO GONZÁLEZ, *Teoría general del instrumento público*, introducción al derecho notarial argentino y comparado, 1953; *El notariado argentino y su raigambre hispánica*, 1949 por EMERITO GONZÁLEZ; GARCÍA GOYENA, *Comentarios a los artículos 1199 a 1203, 1213 y 1215*; GIORGI, t. I, núms. 302-308, 322, 327-336 y 351-370; RIPERT y BOULANGER, t. II, números 376-401; PLANIOL, t. II, núms. 80-98 y 130-154; LAURENT, t. XIX, números 102-177; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, t. XIV, núms. 2068-2258; AUBRY y RAU, tomo VIII, párrafo 755, págs. 199-220; RICCI, *Tratado de las pruebas*, traducción española, t. I, núms. 67-91; BONNIER, *Tratado teórico-práctico de las pruebas en Derecho Civil y Penal*, edición traducida al español, 1874, t. II, núms. 459-526; DE VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico-filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, 1856, t. II, núms. 759-782; CARNELUTTI, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 1930, vol. II, núms. 154-155, vol. III, núm. 238.



304. BIBLIOGRAFÍA MEXICANA, *a) Proyectos de Leyes*. "Sobre la Iniciativa o Proyecto de Ley para el Ejercicio de la Profesión de Escribano Público", BURGOA, IGNACIO, Imprenta del Colegio de Tecpam, México, 1871; "Proyecto de Ley Orgánica del Notariado para el Distrito y Territorios Federales", ANDRADE, MANUEL, con la colaboración de VIGIL y ROBLES, GUILLERMO y RUIZ OLLOQUI, AGUSTÍN, Talleres Linotipográficos de la Papelería Nacional, México. 1929. *b) Historia del Notariado*. "Ensayo Histórico del Notariado desde la Organización de las Primeras Sociedades hasta Nuestros Días", CARRASCO ZANINI, José, s/i. México, 1929; "Breve Historia del Notariado Mexicano". CARRASCO ZANINI, José, publicado en *Revista Jurídica Notarial*, vol. I, año 2, Nº 5, junio de 1949, págs. 81 a 99; "Apuntes y Recopilación de Textos para un Estudio de la

Evolución Histórica del Derecho Notarial Mexicano", VÁZQUEZ PÉREZ, FRANCISCO, publicado en *Revista Jurídica Notarial*, año I, vol. I, Nº 1 y 2, junio y septiembre de 1948, págs. 20 a 30 y 52 a 59; "Apuntes para la Historia del Derecho Notarial", ORNELAS K., HÉCTOR, publicado en *Revista Notarial*, vol. V, año VI, Nº 21, junio de 1955, págs. 57 a 65; "Apuntes para la Historia del Derecho Notarial en el Estado de Chihuahua", ORNELAS K., HÉCTOR, publicado en *Revista de Derecho Notarial*, número especial, agosto de 1971, págs. 17 a 29; "Algunos Datos sobre el Ejercicio del Notariado en el Estado de Chiapas", RAMÍREZ CORZO, LUIS, publicado en *Revista Notarial*, vol. 5, año VI, Nº 21, junio de 1955, págs. 5 a 17; "El Origen del Notariado y sus Anales en Puebla", TEJADA S., MIGUEL ÁNGEL, publicado en *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, año VII, Nº 19, diciembre de 1962, págs. 81 a 91; "El Notariado, su Evolución Histórica en el Estado de Puebla", VÁZQUEZ ARRIOLA, NICOLÁS, publicado en *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, año VI, No 19, diciembre de 1962, páginas 95 a 134, año VII, Nº 21 y 22, junio y septiembre de 1963, págs. 7 a 82 y 7 a 66; "Antecedentes, Evolución Histórica, Estado Actual y Tendencias del Notariado en cada Entidad de la Federación", VÁZQUEZ PEREZ, FRANCISCO y MONROY ESTRADA, MARIO, publicado en *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, vol. VI, Nº 19, diciembre de 1962, págs. 137 a 171; "Algunos datos sobre Notariado. Denominación", ATHIE CARRASCO, ALEJANDRO, publicado en *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, año VIII, Nº 25, junio de 1964, págs. 7 a 25; "La Función Notarial en los Aztecas", PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, OTHÓN, publicado en *Revista de Derecho Notarial*, número especial, 15 de octubre de 1970, págs. 35 a 55; "Historia del Notariado", MORALES DIAZ, FRANCISCO DE P., publicado en *Revista de Derecho Notarial*, año XXII, Nº 71, junio de 1978, págs. 17 a 37; "Apuntes para la Historia del Notariado en México", PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO, publicación de la *Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.*, México, 1979 (89 pp. más XXII de láminas). 3) *Estudios sobre temas generales*. "Teoría y Práctica de la Redacción del Instrumento Público conforme a los Códigos y Disposiciones vigentes en el Distrito Federal", MUTIO, RAMÓN, Imprenta de la V. e hijos de Murguía, México, 1877 (156 pp.); "Ligeras Nociones sobre la Profesión del Notariado, arregladas a los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y de la Baja California", POULET y MIER, CRISTÓBAL, tipografía de Antonio M. Rebolledo, Coatepec, Veracruz, 1882 (183 pp.); "El Novísimo Escribano Instruido", edición hecha con vista a la última que del *Nuevo Escribano Instruido* publicó el año de 1859 el Redactor de la *Curia y Novísimo Febrero Mexicano* (JUAN N. RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL), anotada y corregida con arreglo a las últimas disposiciones patrias. Imprenta y Encuadernación de A. de J. Lozano, México, 1892; "Derecho Notarial y Derecho Registral", CARRAL Y DE TERESA, LUIS, s/e. México, 1965 (266 pp.); "Derecho Notarial", PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO, Editorial Porrúa, S. A., México, 1981 (331 pp. más XXVII); "La Juridicidad. El Derecho Notarial y los Registros Públicos". CAMPILLO S., ANTONIO G., publicado en *Revista de Derecho Notarial*, año XXIV, número especial, noviembre de 1980, pág. 17 a 391. 4) *Estudios sobre temas especiales*. "Caracteres del Notariado de Tipo Latino", CARRAL Y DE TERESA, LUIS, publicado en *Revista Jurídica Notarial*, vol. I, año 2, Nº 4, abril de 1949, págs. 33 a 54; "Misión y Dignidad del Notariado", BASAVE y FERNÁNDEZ DEL VALLE, AGUSTÍN, publicado en *Revista de*



*Derecho Notarial Mexicano*, vol. II, Nº 5, septiembre de 1958, págs. 95 a 105; "El Notario y el Mundo de Hoy". LÓPEZ LEGASPI, FORTINO, publicado en *Revista de Derecho Notarial*, año XIII, Nº 34, abril de 1969, págs. 13 a 47; "El Notario ante el Mundo Moderno", LÓPEZ LEGASPI, FORTINO, publicado en *Revista de Derecho Notarial*, año XV, Nº 42, marzo de 1971, págs. 71 a 87; "La Función del Notario en la Sociedad de Hoy, La Actuación del Notario y el Ejercicio de la Abogacía, La Función Notarial y el Registro", LÓPEZ LEGASPI, FORTINO, publicado en *Revista de Derecho Notarial*, año XXI, junio de 1977, págs. 29 a 53; "El Arte del Notario", MORENO CASTAÑEDA, GILBERTO, publicado en *Revista de Derecho Notarial*, año XIX, número especial, agosto de 1975, págs. 95 a 125; "El Quehacer del Notario y el Quehacer del Abogado", LÓPEZ LEGASPI, FORTINO, publicado en *Revista de Derecho Notarial*, año XXII, Nº 73, diciembre de 1978, págs. 19 a 49; "El Notario Público en el Sistema de Derecho Civil" (especialmente en América Latina), LE RIVEREND, EDUARDO, publicado en *Revista de la Facultad de Derecho de México, U.N.A.M.*, tomo XXIV, Nº 95-96, julio-diciembre de 1975, págs. 581 y ss.; "Reglas que han de formar el criterio del notario acerca de la eficacia de títulos para transmitir el dominio o conceder el aprovechamiento de una cosa", BORJA SORIANO, MANUEL, publicado en *Diario de Jurisprudencia*, tomo III, Nº 38 a 44, 15 a 21 de octubre de 1904, págs. 303 y ss.; "Estudio sobre el Art. 34 de la Ley del Notariado en Relación con el Testamento Abierto", BORJA SORIANO, MANUEL, folleto publicado por el *Colegio de Notarios de la Ciudad de México*, México, 1905; "Nulidad de los Actos Autorizados por Notarios Ilegítimos", BORJA SORIANO, MANUEL, folleto publicado por el *Colegio de Notarios de la Ciudad de México*, México, 1918; "Autenticación de Hechos", CAMPILLO S., ANTONIO G., publicado en *Revista de Derecho Notarial*, año XX, Nº 62, mayo de 1976, págs. 41 a 63; "La Legitimación de la Función Notarial", MORALES DÍAZ, FRANCISCO DE P., publicado en *Revista de Derecho Notarial*, año XX, Nº 65, diciembre de 1976, págs. 13 a 29; "Formación de la Escritura, Validez, Eficacia y Libre circulación del Negocio Jurídico así Documentado, incluso en las Relaciones de Derecho Internacional Privado", MORALES DÍAZ, FRANCISCO DE P., publicado en *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, Nº 68 y 69, noviembre de 1977, págs. 13 a 55; "La Actividad Notarial y la Función Administrativa", ORNELAS K., HÉCTOR, publicado en *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, vol. I, No 1, diciembre de 1956, págs. 31 a 35; "La Obligatoriedad de la Función Notarial y su Retribución", ARROYO SOTO, AUGUSTO, publicado en *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, vol. VI, Nº 18, septiembre de 1962, págs. 31 a 41; "Límites de la Función Notarial", VÁZQUEZ PÉREZ, FRANCISCO y RUIZ BELLO, CIPRIANO, publicado en *Revista Jurídica Notarial*, vol. I, año 2, Nº 4, págs. 69 a 79; "El Notario como Servidor del Estado y de los Particulares", ARROYO SOTO, AUGUSTO, publicado en *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, año IX, Nº 30, diciembre de 1965, págs. 33 a 43; "Fe de Hechos", NÚÑEZ ESCALANTE, ROBERTO, publicado en *Revista Jurídica Notarial*, vol. II, año 2 Nº 2, junio de 1952, págs. 269 a 277; "El Notario de México y la Jurisdicción Voluntaria", BORJA SORIANO, MANUEL, publicado en *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, vol. II, núm. 5, septiembre de 1958, págs. 155 a 169; "La Jurisdicción Voluntaria y el Notario", CAMPILLO, ANTONIO, publicado en *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, año IX, núm. 29, septiembre de 1965, págs. 5 a 16; "La Jurisdicción Voluntaria y el Notario", SOLÓRZANO BÉJAR, FRANCISCO y

VALLE PRIETO, LUIS DEL, publicado en *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, año IX, Nº 28, junio de 1965, págs. 39 a 49; "El Acto Jurídico Notarial en Relación con las Exigencias Fiscales", FINCK, FERNANDO, publicado en *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, año IX, Nº 29, septiembre de 1965, págs. 27 a 37; "El Acto Jurídico Notarial en Relación con las Exigencias Fiscales", SÁNCHEZ ARÉVALO, LEÓN, publicado en *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, año IX, Nº 29, septiembre de 1965, págs. 23 a 27; "El Acto Jurídico Notarial en Relación con las Exigencias Fiscales", SUÁREZ DÍAZ, QUINTO HORACIO, publicado en la *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, año IX, Nº 29, septiembre de 1965, págs. 17 a 23; "El Acto Jurídico Notarial en Relación con las Exigencias Fiscales", FARÍAS ANGULO, LUIS, publicado en *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, año IX, Nº 29, septiembre de 1965, págs. 37 a 45; "Examen de Oposición para Obtener Notarías", NÚÑEZ Y ESCALANTE, ROBERTO, sobretiro de la *Revista de Investigaciones Jurídicas*, publicación de la Escuela Libre de Derecho, 1979, págs. 85 a 96; "Principios Rectores de la Actividad Notarial. El Examen de Oposición como forma de Ingreso al Notariado", PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO, publicado en *Revista de Derecho Notarial*, año XXIII, Nº 75, junio de 1979, págs. 177 a 194; "Oposiciones y Colegiaciones en el Notariado Mexicano", ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO, publicado en: *Revista de Derecho Notarial*, año XXIII, Nº 74, págs. 11 a 21; "El secreto Profesional en el Notario Público", BASAVE Y FERNÁNDEZ DEL VALLE, AGUSTÍN, publicado en *Revista de Derecho Notarial*, año XX, Nº 63, junio de 1976, págs. 13 a 31; "El Secreto Profesional del Abogado y del Notario", ARROYO SOTO, AUGUSTO, *Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M.*, México, 1980 (407 pp).

## SECCIÓN 2ª FORMACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS

305. *El Notario*. De conformidad con la resolución aprobada en el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Buenos Aires, Argentina, el año de 1948, "El Notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos" [Memoria del Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires, 1948, edición del Colegio de Escribanos, Buenos Aires, tomo I, "Congreso", pág. 184]. Los elementos fundamentales de esta definición se encuentran comprendidos en las disposiciones de la Ley del Notariado vigente en el Distrito Federal. [Cfr. Arts. 3, 6, 11, 26, 42, 54, 76, 97, 100, 125 y 143.]

306. El notario es profesional del derecho que ilustra a las partes en materia jurídica [art. 42], que les explica el valor y las consecuencias legales de los actos que vayan a otorgar y el contenido de las escrituras [art. 102, frac. XX, inciso *d*)]; que redacta los instrumentos [art. 100]; que



resuelve consultas jurídicas [art. 33, frac. V]; debe guardar el secreto profesional [art. 252]; y el desempeño de su función debe ser con total imparcialidad [art. 45, frac. I].

307. *Declaración de voluntad*. Los particulares acuden al notario de su elección para exponerle su voluntad. Con frecuencia se expresan en términos deficientes o inexactos, y al notario corresponde interpretar fielmente esa voluntad, y hacer la clasificación del acto que los interesados quieren celebrar.

308. *Ejercicio Obligatorio. Excepciones*. El notario está obligado a ejercer sus funciones cuando para ello fuere requerido. Tiene prohibido actuar por ejemplo cuando no pueda hacerlo con imparcialidad; cuando el acto o hecho en que se le solicite intervenir corresponda exclusivamente a otro funcionario; cuando tengan interés o intervengan en el acto su cónyuge o parientes en los grados que señala la ley; cuando el objeto o fin es contrario a la ley o a las buenas costumbres o si es física o legalmente imposible [art. 45].

309. *Examen de títulos, etc.* A veces, antes de proceder a extender la escritura, el notario tiene que examinar títulos, inscripciones en el Registro Público, recabar documentos, etc. [art. 102, frac. IV.]

310. *Terminología*. Para la propiedad en el lenguaje y la claridad en las ideas conviene establecer aquí la significación de las palabras sujeto, concurrente, otorgante y parte, que se hallan en los instrumentos públicos.

"Sujeto del instrumento público es la persona capaz de derechos y obligaciones en cuanto se establecen, modifican o extinguen relaciones jurídicas que le atañen, aunque no intervenga en el otorgamiento. Cuando se venden bienes inmuebles de un menor, éste es sujeto del instrumento público, pero no otorgante ni concurrente. Lo mismo puede decirse del mandante, cuando el mandatario, usando del poder, otorga algún contrato.

"Llámase concurrente al que asiste al otorgamiento, aunque no establezca por sí mismo ninguna relación de derecho. Así, por ejemplo, los testigos... y aún el mismo Notario son concurrentes, sin ser otorgantes, partes ni sujetos... "Llámase otorgante al que personalmente establece, modifica o extingue la relación de derecho. La palabra otorgante se deriva del verbo otorgar, que significa consentir. Es, por lo tanto, impropia la frase Notario otorgante de que están plagadas nuestras leyes y reglamentos; el Notario autoriza, preside la relación de derecho, pero no la otorga, es decir, no la establece. El otorgante puede ser parte o sujeto del instrumento público, o no serlo; cuando la relación de derecho establecida le atañe directamente, como sucede... al comprador en la compraventa, entonces es sujeto o parte del instrumento público; pero si no tiene interés directo en ella, no lo será; así, el mandatario que vende una finca es otorgante, pero no parte ni sujeto; lo mismo puede decirse del padre que vende bienes

del hijo menor, y del Juez que enajena bienes... de alguna persona declarada en rebeldía.

"Llámase parte a los individuos o colectividades que ostentan unas mismas pretensiones en el instrumento público. Así, por ejemplo... En una escritura de préstamo con fianza personal, el que presta forma una parte, otra el prestatario y otra el fiador.

"Dedúcese de lo expuesto; que un solo individuo puede ser concurrente, otorgante, parte y sujeto del instrumento público; que puede ser concurrente y no ser otorgante, parte ni sujeto; que puede ser otorgante, pero no parte ni sujeto; que el sujeto puede ser por sí solo parte, o formarla con otros sujetos, y que las partes y sujetos pueden muy bien no ser otorgantes." [Fernández Casado, *op. cit*; t. I, núm. 575.]

El instrumento que contiene un acto jurídico se llama escritura y el que contiene un hecho jurídico se llama acta notarial [arts. 60 y 82].

Los preceptos de la ley relativos a las escrituras serán aplicables a las actas notariales, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del hecho que sea materia del acta [art. 83].

311. *El Protocolo*. El notario asienta los instrumentos que autoriza y registra los cotejos de documentos en folios que forman los libros que se llaman Protocolo [art. 76]. En esos folios deben extenderse las escrituras públicas y las actas notariales en las que se haga constar los actos o hechos a los que los interesados deban o quieran dar autenticidad [arts. 76, 100 y 125]. Para los cotejos llevará Libros de Registro de Cotejos que forman parte del protocolo [arts. 76 y 97].

312. *Contenido de la escritura*. El notario redactará las escrituras, sujetándose entre otras reglas, a las siguientes: *a*) Expresará el lugar y fecha en que se extienda la escritura; *b)* Consignará las declaraciones que hagan los otorgantes como antecedentes; c) Consignará el acto en cláusulas redactadas con claridad y concisión, *d*) Dejará acreditada la personalidad de quien comparezca en representación de otro; *e*) Hará constar bajo su *fe*; que conoce a los otorgantes, y en caso de no serle conocidos que se cercioró de su identidad con algún documento oficial en el que aparezca la fotografía, nombre y apellidos de la persona de quien se trate, o mediante la declaración de dos testigos idóneos o a su vez identificados por el notario; que los otorgantes tienen capacidad legal; que se leyó a los otorgantes la escritura, se les explicó el valor y las consecuencias legales de su contenido; que la otorgaron los comparecientes, es decir, que ante el notario manifestaron su conformidad con la escritura y firmaron ésta o no lo hicieron por declarar que no saben o no pueden firmarla; en este caso, el otorgante imprimirá su huella digital y en substitución de él firmará la persona que elija al efecto; *f*) Consignará la fecha o fechas en que firmaron la escritura los otorgantes o las personas elegidas por ellos; *g*) Consignará los hechos que presencie el notario y que sean integrantes del acto que autorice, como entrega de dinero o de títulos, y otros [art. 102].



313. *Autorización*. Inmediatamente después de que haya sido firmada la escritura por todos los otorgantes, y por los testigos e intérpretes, en su caso, será autorizada preventivamente por el notario con la razón "ante mí", su firma y su sello. Cuando la escritura no sea firmada por todos los comparecientes en el mismo acto, siempre que no se deba firmar en un sólo acto por su naturaleza o por disposición legal, el notario irá asentando solamente el "ante mí", con su firma, a medida que sea firmada por las partes y cuando todos la hayan firmado imprimirá además su sello, con todo lo cual quedará autorizada preventivamente la escritura [art. 109].

El notario deberá autorizar definitivamente la escritura al pie de la misma cuando se le compruebe que está cumplido cualquier requisito que conforme a las leyes sea necesario para la autorización de la escritura. La autorización definitiva contendrá la fecha y lugar en que se haga y la firma y sello del notario [art. 110].

314. *Otro modo de formación de la escritura*. Según la fracción II del artículo 100 de la Ley del Notariado, se entiende por escritura el original que se integre por el documento en que se consigne el acto jurídico de que se trate y por una síntesis de éste que contenga sus elementos esenciales y se asiente en folios y será firmado, en cada una de sus hojas, y al final, por los comparecientes y el notario; y llevará el sello de éste en los expresados lugares. El documento y sus anexos se agregarán al Apéndice del Protocolo.

315. *Fechas*. En un instrumento hay varias fechas; la del día en que se extiende en el protocolo; la fecha o las fechas en que se firme por los otorgantes (la última de éstas corresponde a la autorización preventiva), y la fecha de la autorización definitiva [arts. 102, fracs. I y XX, inciso *f*), y 110].

316. *Apéndice*. Hay documentos que son anexos de las escrituras. Estos documentos, unidos, constituyen el "Apéndice" del Protocolo; aquél se considera como parte integrante de éste [art. 98].

317. *Protocolización*. Transcribir un documento en un instrumento o agregarlo al "Apéndice" del Protocolo, es lo que se llama protocolización de ese documento [art. 136]. La Ley del Notariado en su artículo 140 previene que los poderes otorgados fuera de la República, hecha salvedad de los que lo fueren ante Cónsules mexicanos en el extranjero, una vez legalizados o apostillados, deberán protocolizarse para que surtan sus efectos con arreglo a la Ley, en este caso el poder, con las diligencias judiciales en las que se decrete su protocolización, se agrega al Apéndice del Protocolo.

A veces protocolizar un documento se circunscribe a hacer constar su contenido en el Protocolo. Así, la Ley General de Sociedades Mercantiles [art. 194] previene que las actas de las Asambleas Extraordinarias de Accionistas serán protocolizadas ante notario, y como estas actas deben obrar asentadas en un libro [art. 194 citado], es claro que no pueden agre-

garse materialmente al Apéndice del Protocolo, sino que los actos que contienen se hacen constar en instrumento ante notario [arts. 182 y 5 de la Ley de Sociedades mencionada].

## SECCIÓN 3ª VALOR PROBATORIO DE LAS ESCRITURAS.

318. *Referencia*. En los libros que hemos citado en la bibliografía se puede estudiar esta materia, hecha salvedad de los que fueren ante Cónsules mexicanos en el extranjero.

319. *Doctrina*. Nosotros nos limitaremos a transcribir las siguientes palabras de Baudry-Lacantinerie y Barde [t. XIV, núm. 2076 y sigs.]: "Aquí las distinciones son necesarias porque las menciones que se encierran en el documento no tienen todas el mismo valor. La fuerza probatoria del documento auténtico varía, en efecto, según que se trate de la realidad de las aseveraciones hechas por el Oficial Público, en esta calidad, de *visu aut de auditu*, o de la verdad intrínseca de las declaraciones formuladas por las partes en su presencia. Es preciso, demás, hacer una distinción relativa a las simples enunciaciones que pueden haberse insertado en el documento [núm. 2076]. Hay menciones que no se pueden desconocer sino acusando al Oficial Público de haber cometido una falsedad, sino atacando su veracidad. Son las menciones relativas a los hechos que el Oficial Público ha afirmado como habiendo sido ejecutadas por el mismo o como habiendo tenido lugar en su presencia, en el ejercicio de su ministerio [núm. 2077]... En cuanto a las menciones que es posible desconocer, atacando no la veracidad del Oficial Público, sino solamente la sinceridad o la exactitud de las declaraciones hechas por las partes, no hacen fe sino hasta prueba en contrario [núm. 2079]... Tratándose de hechos que el Oficial Público ha consignado por el simple testimonio de las partes, y por consiguiente sin haber adquirido la certidumbre por sí mismo, se hubiere podido lógicamente admitir de plano a los interesados a rechazar ese testimonio que no ofrece tantas garantías; pero como la simulación y el fraude son la excepción, el legislador presume en buen derecho la sinceridad de los contratos [núm. 2080].

320. *Nuestra ley*. "Artículo 156.—En tanto no se declare judicialmente la falsedad o nulidad de un instrumento, registro, testimonio o certificación notariales, éstos serán prueba plena de que los otorgantes manifestaron su voluntad de celebrar el acto consignado en el instrumento de que se trate, que hicieron las declaraciones que se narran como suyas, así como de la verdad y realidad de los hechos de los que el notario dio fe tal como los refirió y de que observó las formalidades correspondientes. "Artículo 159.—Salvo disposición en contrario, la simple protocolización acreditará la existencia del documento objeto de la misma en la fecha de su presentación ante el notario y la de su conservación posterior. La elevación a escritura pública o la celebración ante notario como escritura de actos meramente protocolizables tendrá el valor de prueba plena.



## SECCIÓN 4ª NULIDAD DE LAS ESCRITURAS

321. *Casos de nulidad*. El artículo 162 de la Ley del Notariado vigente determina cuando son nulos las escrituras, las actas y los registros de cotejos. Entre los casos de nulidad citaremos los siguientes: *a*) Si el notario no tiene expedito el ejercicio de sus funciones al momento de su actuación; *b*) Si no le está permitido por la ley intervenir en el acto correspondiente; *c*) Si no está firmado por todos los que deben firmarla según la ley, o no contiene la mención exigida a falta de firma; *d*) Si está autorizada con la firma y sello del notario cuando debiera tener la razón de "no pasó", o cuando la escritura o el acta no estén autorizadas con la firma y sello del notario.

322. *Efectos de la nulidad*. Cuando la escritura es nula ¿también es nulo el acto contenido en ella? La respuesta varía según la intención, ya del legislador, ya de los particulares. A veces, la Ley establece la formalidad de la escritura pública respecto de ciertos actos, con el único propósito de que los mismos sólo puedan probarse por este medio o por otros de la misma categoría, como es la confesión judicial, excluyendo las pruebas de orden inferior, como son la testimonial y las presunciones [Pallares, *Los contratos solemnes*]. Otras veces, sin que exista precepto legal, los particulares, sin embargo consignan sus actos en escritura pública para proveerse de una prueba plena. En tales casos, como la escritura no tiene relación con la validez del acto, no hay razón alguna para que la nulidad de aquélla produzca la de éste; la nulidad sólo se traduce entonces en la falta de la prueba plena, propia del instrumento Público, y los interesados tendrán que probar el acto jurídico por otros medios permitidos, pudiendo hacer valer aún la escritura pública nula como documento privado, si estuviere firmada por los otorgantes [Bonnier-Ricci]. Al contrario, hay casos en que el acto debe estar revestido con la forma de la escritura pública, ora porque la Ley impone esta forma como requisito necesario para la validez del acto, ora porque las partes han subordinado la formación de ésta a esa formalidad, lo cual es excepcional. Entonces, claro es que la nulidad de la escritura trae como consecuencia la nulidad del acto que entraña [Bonnier-Ricci].

323. *Nulidad de las escrituras autorizadas por notarios ilegítimos*. De conformidad con las bases fundamentales del Plan de Guadalupe, el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, expidió en Piedras Negras, el 24 de abril de 1913, un decreto del tenor siguiente: "Se desconocen a partir del día 19 de febrero del corriente año, todas las disposiciones y actos emanados de los Tres Poderes del llamado Gobierno del general Victoriano Huerta, así como de los Gobiernos de los Estados que lo hubieren

reconocido o lo reconocieren." Como corolario de esta disposición, resultaron desconocidos los actos de los notarios que nombró el Gobierno del General Victoriano Huerta y, por identidad de razón, los actos de los notarios nombrados por el Gobierno de hecho de la Convención.

El artículo primero del referido decreto, declara nulos los contratos celebrados ante notarios, siempre que la autoridad que en ellos haya intervenido sea ilegítima. La experiencia enseña que la mayoría de los contratos en que interviene un notario, es de los que serían nulos si carecieran de esa formalidad. En estos contratos, por ser los más frecuentes en la práctica, pensó sin duda el legislador al dictar el precepto de que nos ocupamos; mas no quiso referirse a los contratos que tienen vida independiente de la escritura pública, toda vez que la razón de la nulidad, consiste en que, siendo ilegítimo el notario, el instrumento notarial es nulo y por ende lo que es el acto jurídico, que sin ella carece de validez. "La Ley —dice Baudry-Lacantinerie no se aplica a las situaciones que, aunque comprendidas en su texto, están excluidas, por su espíritu, de su disposición. *Cessante ratione legis, cessat ejus dispositio.*"

En otro sentido, observemos que el texto del mismo artículo primero sólo habla de contratos; pero su aplicación debe hacerse extensiva a los demás actos jurídicos, cuya validez depende del instrumento público, cuando hayan sido autorizados por notario ilegítimo, siguiendo la regla de interpretación, según la cual, donde hay la misma razón de la Ley hay la misma disposición legal.

"Los contratos celebrados ante Jueces del Estado Civil, Notarios y Corredores ilegítimos, podrán ser revalidados por funcionarios legítimos de la misma categoría, siempre que lo soliciten de común acuerdo los interesados. Si sólo una de las partes solicita la revalidación, lo hará ante el Juez competente. Ya sea que la revalidación se haga por mutuo consentimiento de las partes, o por solicitud de una sola de ellas, deberá hacerse el pago del impuesto del timbre correspondiente a la operación [art. 9º]. Este artículo no establece limitación alguna de tiempo para la revalidación [véase mi estudio citado en la Bibliografía].

El decreto guarda silencio sobre los efectos del cumplimiento voluntario. En tal virtud, debemos aplicar al caso el artículo 1679 del Código de 1884, y 2234 del Código de 1928, teniendo en cuenta que el cumplimiento voluntario no es sino una revalidación tácita, y por lo mismo, dicho cumplimiento voluntario extinguirá la acción de nulidad.

## SECCIÓN 5ª LOS TESTIMONIOS

324. *Qué es el testimonio*. Testimonio es la copia en la que se transcribe íntegramente una escritura o un acta, y se transcriben, o se incluyen reproducidos, los documentos anexos que obran en el apéndice, con excepción de los que ya se hayan insertado en el instrumento y que por la fe del notario y la matricidad de su protocolo tiene el valor de instrumento público [art. 143].



325. *Primeros y posteriores testimonios*. Al final de cada testimonio se hará constar si es el primero, segundo o ulterior ordinal; el número que le corresponde de los expedidos al solicitante, el nombre de éste y el título por el que se le expide, así como las páginas de que se compone el testimonio. El notario lo autorizará con su firma y sello [art. 149]. A cada parte o interesado podrá expedirle el notario un primero, segundo o ulterior testimonio, sin necesidad de autorización judicial [art. 146].

326. *Valor probatorio*. Véase lo dicho en el número 320 de este libro.

## SECCIÓN 6ª LAS MINUTAS

327. *Concepto de la minuta*. He aquí lo que respecto de las minutas he dicho en la primera edición de este libro [t. I, núm. 327]: La minuta es un documento preliminar, por decirlo así, en el que se consignan las bases de un contrato o acto que después ha de elevarse a escritura pública. Puede decirse que el contrato consignado en minuta, tiene (o puede tener) sus elementos intrínsecos; pero le falta la forma. Es un contrato incompleto, y por eso no da derecho a ninguno de los contratantes a exigir las prestaciones propias del Contrato. Así, por ejemplo, un contrato de compraventa en minuta no confiere al vendedor el derecho de exigir el precio, ni al comprador el de exigir la entrega de la cosa, sino que será necesario que primero se le revista con la forma de escritura pública, y hasta entonces será exigible su cumplimiento. A veces los contratantes, al firmar una minuta, ejecutan total o parcialmente sus obligaciones, por ejemplo, el vendedor entrega la cosa y el comprador paga la totalidad o parte del precio. Sin embargo, el contrato continúa siendo imperfecto, porque los interesados, al escoger la forma de minuta, se colocan en la situación jurídica de no tener más derecho que el de exigir el otorgamiento de la escritura, o la indemnización de daños y perjuicios, cuando proceda. Por lo mismo, las prestaciones no cumplidas siguen siendo inexigibles hasta que no se otorga la escritura pública. Así, en el ejemplo anterior, la transmisión de propiedad de la cosa a favor del comprador no se opera sino hasta que se otorga y firma la escritura pública.

328. *Legislación*. Las minutas fueron reglamentadas por el Código de Procedimientos Civiles de 1884, artículo 9º y 10 por la Ley del Notariado de 1901, artículo 59, y por la Ley del Notariado de 1932, en sus artículos 82 y 83.

329. *Supresión*. El artículo 82 de la Ley del Notariado de 1945 dice: "Se suprimen las minutas. En consecuencia los notarios no autorizarán los documentos que con tal carácter les presenten los interesados." La Ley vigente no reproduce el precepto transcrito, pero tampoco reglamenta las minutas tal y como lo hacían las leyes de 1901 y 1932, en consecuencia, y considerando que el notario debe actuar con apego a las disposiciones de la Ley del Notariado y sus Reglamentos [art. 6] no tiene base para recibir minutas.

## TÍTULO SEXTO

## LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

330. *Tabla A*

C. a. 1296.—G. 989.—C. v. 1813 y 1814.
„ „ 1296. II.—C. P. 660 y 661.—G. 989.—C. N. 1110.—C. v. 1813.
„ „ 1296. II.—C. P. 663.—C. v. 1816.
„ „ 1296. IV.—C. P. 663.—C. v. 1816.
„ „ 1297.—C. P. 666.—C. N. 1116.—C. v. 1815.
„ „ 1298.—C. N. 1111.—C. v. 1818.
„ „ 1299.—C. N. 1112 y 1113.—C. v. 1819.
„ „ 1300.—C. N. 1114.—C. v. 1820.
„ „ 1301.—C. P. 667.—C. v. 1821.
„ „ 1302.—C. P. 668.—C. v. 1822.
„ „ 1303.—C. P. 668.—C. N. 1115.—C. v. 1823.
„ „ 1666.—C. v. 2236.
„ „ 1667.—C. v. 2237.
„ „ 1673.—G. 1184, *Comentario.*
„ „ 1674.—C. P. 694.—G. 1186.—C. v. 2229.
„ „ 1676.—C. P. 695.—C. v. 2230.
„ „ 1677.—G. 1187.—C. N. 1338.—C. v. 2233.
„ „ 1678.—G. 1187.—C. N. 1338.—C. v. 2234.
„ „ 1681. II.—G. 1188.

331. *Tabla B*

C. v. 1795. II.—P. F. I. 11.—C. a. 1279.
„ „ 1812.—C. N. 1109.
„ „ 1813.—C. a. 1296. II.
„ „ 1814.—C. a. 1296.
„ „ 1815.—C. a. 1297.
„ „ 1816.—C. B. 92, 94 y 95.—C. a. 1296. III y IV.
„ „ 1817.—C. B. 97.
„ „ 1818.—C. a. 1298.
„ „ 1819.—C. a. 1299.
„ „ 1820.—C. Ch. 1456, párrafo 2º—C. a. 1300.



„ „ 1821.—C. a. 1301.
„ „ 1822.—C. a. 1302.
„ „ 1823.—C. a. 1303.
„ „ 2227.—Bonnecase, *Suppl.*, t. III, núms. 108, 83 y 90.
„ „ 2228.—Bonnecase, *Suppl.*, t. III, núms. 80, 92 *bis* y 108.
„ „ 2230.—C. a. 1676.
„ „ 2233.—C. a. 1677.
„ „ 2234.—C. a. 1678.
„ „ 2235.—C. Arg. 1065.
„ „ 2236.—C. a. 1666.
„ „ 2237.—C. a. 1667.

332. BIBLIOGRAFIA. DIAS FERREIRA, t. II, págs. 12-14; CUNHA GONÇALVES, t. IV, núms. 517-525; GARCÍA GOYENA, Comentarios a los artículos que se citan en el número 330; BONNECASE, *Précis*, t. II, núms. 268-283; PLANIOL, t. II, núms. 1047-1075; COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 31-47; HÉMARD, t. II, núms. 1159-1180; JOSSERAND, t. II, núms. 55-100; BAUDRY-LACANTENERIE et BARDE, t. XII, núms. 49-119; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, t. VI, núm. 174-209; LAURENT, t. XV, núms. 484-530; BEUDANT, núms. 97-147; BUFNOIR, págs. 589-622; DEMOGUE, t. I, núms. 216-390 *quator;* JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, núms. 30-35; RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 2e. éd., núms. 40-49; GIORGI, t. IV, núms. 25-27 y 36-108; PACCHIONI, *Corso di Diritto Civile*, "Dei Contrati in generale", capitolo IV.

333. *Enumeración.* El Código de 1884, no hace una enumeración de los vicios del consentimiento, pero sí se considera al error y a la intimidación, en el capítulo que tiene por rubro "Del consentimiento mutuo."

El Código de 1928, al enumerar las causas por las cuales puede ser invalidado el contrato, comprende en esa enumeración los vicios del consentimiento [art. 1795. II]. Además, en su capítulo denominado "Contratos", tiene una subdivisión que lleva por rubro "Vicios del consentimiento", cuyo primer artículo (1812), empleando la terminología del artículo 1109 del Código Napoleón, dice que "El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo."

### CAPÍTULO PRIMERO

### *El Error*

334. BIBLIOGRAFIA. Además de las obras citadas en el número 332, véanse: CELICE, *L'erreur dans les contrats;* FUBINI, *"Contribution a l'étude de la théorie de l'erreur sur la substance et sur les qualités substantielles (Rev. trim.*, 1902, pág. 301).

## SECCION 1ª NOCIONES PRELIMINARES

335. *Qué es el error.* El error es una creencia no conforme con la verdad [Hémard, t. II, núm. 1161], un estado psicológico en discordancia con la realidad objetiva [Demogue, t. I, núm. 218], una noción falsa [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 50].

La ignorancia es la ausencia de toda noción, pero en derecho los efectos de la ignorancia son en general los mismos que los del error [Hémard, t. II, núm. 1161; Demogue, t. I, núm. 218; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, número 50].

336. *Diversas especies del error.*—El error puede ser:

*a)* De aritmética, o sea de cálculo: "El error material de aritmética sólo da lugar a su reparación" [art. 1296, C. a.], o en otros términos: "El error de cálculo sólo da lugar a que se rectifique" [art. 1814, C. v.].

*b)* De hecho. Este error recae sobre hechos materiales [Colin et Capitant, t. II, núm. 32].

*c)* De derecho. Que recae sobre una regla de derecho.

## SECCION 2ª EL ERROR DE HECHO

337. *Clasificación.* El error puede presentar tres grados de gravedad, según los cuales sus efectos varían: ya impide la formación del contrato, ya lo hace simplemente anulable, ya carece de influencia sobre él [Planiol, t. II, núm. 1049]. En el primer caso, se dice que hay error-obstáculo, en el segundo error-nulidad, en el tercero error-indiferente [Josserand, t. II, número 60].

### I. Error-obstáculo

338. *Remisión.* De este error, que impide la formación del contrato, nos hemos ocupado en el número 110 del presente libro.

### II. Error-nulidad

339. *Error de ambos contratantes o de uno de ellos.* Se ha discutido, si el vicio del consentimiento no resulta sino de un error, común a ambas partes, o si basta con un error unilateral [Colin et Capitant, t. II, núm. 39].

El Código de 1884, en su artículo 1296, considera ambos casos, cuando dice que "El error de hecho anula el contrato: I. Si es común a ambos contrayentes, sea cual fuere la causa de que proceda: II. Si recae sobre el motivo u objeto del contrato..." Esta fracción segunda se refiere seguramente al caso de error de uno solo de los contratantes, supuesto que la fracción primera se refiere expresamente al error que es común a ambos.

El Código de 1928, considera expresamente como vicio del consentimiento el error de cualquiera de los que contratan [art. 1813].



340. *Error sobre la sustancia en Derecho Francés.* El artículo 1110 del Código Napoleón, dice así: "El error no es causa de nulidad del convenio, sino cuando recae sobre la sustancia misma de la cosa que es objeto de él." Comentando este artículo, Baudry-Lacantinerie et Barde [t. XII, núm. 54] se expresan así: "Error sobre las cualidades sustanciales de la cosa. Aquí, en la opinión que creemos preferible, sustancia es sinónima de cualidades sustanciales. La Ley designa por esta expresión las cualidades de la cosa que las partes o una de ellas han tenido principalmente en vista al contratar, aquellas sin las cuales no habrían contratado... El error sobre semejante cualidad trae consigo la nulidad del contrato, porque vicia muy profundamente el consentimiento... Que esta teoría desconoce la definición que se da en filosofía de la palabra sustancia, es cierto... Pero esta comprobación es indiferente puesto que una disposición legislativa, esté fundada o no desde el punto de vista filosófico, se impone de la misma manera. Se trata únicamente aquí de investigar el pensamiento del legislador; ahora bien, en nuestro caso, conocemos este pensamiento al conocer el de Pothier. La cuestión de saber si una cualidad es o no sustancial presenta pues extrema importancia. Es una cuestión de hecho, que tiene que resolver el juez en caso de discusión. No se pueden sino citar ejemplos. He aquí uno tomado de Pothier: Compro un par de candeleros creyendo que son de plata, y el que me los vende me los ha presentado como tales, obrando de buena fe, pero en realidad no son sino de cobre plateado. Hay error sobre la sustancia de la cosa y la venta es nula, porque queriendo comprar candeleros de plata yo no los habría comprado si hubiese sabido que los que se me ofrecían eran de cobre. Sin embargo, si los candeleros se hubiesen comprado como objetos de arte o como antigüedad, el error sobre la materia podría no ser sustancial; la materia es frecuentemente de importancia enteramente secundaria para un anticuario. Si Pothier no agrega esta restricción, es únicamente porque en su tiempo el gusto por las antigüedades estaba poco desarrollado. Otro ejemplo: Compro un cuadro que creo que es de Rafael, y no es sino una copia que tiene una firma falsa. Hay error de mi parte sobre una cualidad sustancial de la cosa, porque el cuadro vale en cuanto vale el pintor; la venta es anulable." Bonnecase, tratando del mismo tema, enseña lo siguiente: "El error sobre la sustancia. La noción de sustancia aplicada al contrato... se plantea la cuestión de saber lo que hay que entender por sustancia. Hubiese sido perfectamente concebible hacer de la noción de sustancia una noción objetiva, sustraída a lo arbitrario de los interesados e imponiéndose a ellos. Es lo que ha pensado efectivamente la doctrina durante casi todo el siglo XIX, para evolucionar en la víspera del siglo XX hacia una noción subjetiva de la sustancia e identificar ésta con la voluntad misma de los contra-

tantes. Estos son quienes actualmente, deciden cuál es la sustancia del objeto del contrato: desde entonces, el error sobre la sustancia está en función de lo que los contratantes han querido subjetivamente, y no en función de los elementos específicos de la cosa considerada en sí misma" *[Précis*, t. II, núm. 272; *Supplément*, t. II, núm. 414 a 421].

341. *Error sobre la persona en Derecho Francés.* Planiol [t. II, número 1054], enseña a este respecto lo que sigue: "En general, el error sobre la persona es indiferente en los contratos. ¿Qué importa a un comerciante vender sus productos a Pedro más bien que a Pablo? Considera el provecho, el precio de la venta y no la persona del comprador. Sucede lo mismo con las operaciones más importantes, con la venta de inmuebles por ejemplo. Por excepción, ciertos contratos se hacen en consideración de la persona *(Intuitu personae)*, son: 1º, los contratos inspirados por un afecto particular que no existe sino para determinado individuo. Es el caso, sobre todo de la donación, que es provocada por un sentimiento de afección enteramente personal. Si el donante se engaña sobre la identidad de la persona a la que gratifica, su consentimiento está viciado y el contrato se anulable; 2º, los contratos determinados por el talento o las aptitudes especiales de una persona: el encargo de un cuadro a un pintor... En todos estos contratos, la identidad de la persona no es indiferente; es determinada persona la que inspira confianza y no otra."

342. *El error sobre el motivo determinante en el Derecho Mexicano.* Código de 1884: "Artículo 1296... El error de hecho anula el contrato:... II. Si recae sobre el motivo u objeto del contrato, declarándose en el acto de la celebración o probándose por las circunstancias de la misma obligación, que en el falso supuesto que motivó el contrato y no por otra causa se celebró éste." Código de 1928: "Artículo 1813. El error... de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa." De los artículos transcriptos nos hemos ocupado en los núms. 226 y 230 de este libro, considerándolos desde el punto de vista de su relación con la teoría de la causa o del motivo determinante de la voluntad.

Ahora, en primer lugar, diremos que aunque las palabras de los artículos que acabamos de citar no son las mismas que las empleadas por el artículo 1110 del Código Napoleón, sin embargo, el error sobre la substancia del objeto a que se refiere este artículo, según el punto de vista de la doctrina francesa contemporánea, es lo mismo que el error sobre el motivo u objeto del contrato que se menciona en esos artículos de nuestros Códigos.

En segundo lugar, hay que observar que, para que el error influya en la validez del contrato, no basta, en nuestro Derecho, con la existencia de este error, sino que es necesario que al celebrarse el contrato se declare ese



motivo o se pruebe por las circunstancias del mismo contrato. Por ejemplo, *A* le vende a *B* un cuadro y éste al comprarlo declara que lo hace en el supuesto de que es obra del pintor Cabrera, o el alto precio que conviene en pagar demuestra que *B* ha celebrado el contrato en el supuesto de que el pintor era de fama. Si después se descubre que el cuadro era una copia de otro de Cabrera, hecha por un pintor secundario, el contrato será anulable, o en otros términos, no será válido. Si el comprador no ha declarado el motivo determinante de su voluntad al celebrar el contrato, ni ese motivo se prueba por las circunstancias del mismo contrato, el error en que haya incurrido no será causa de nulidad del contrato. Esto quiere decir, que nuestros Códigos han tenido en cuenta la teoría de la voluntad declarada, teoría que explicaremos al tratar de la interpretación de los contratos.

Por otra parte, advertiremos que nuestros Códigos no mencionan el error sobre la persona; así es que este error se rige por los principios que acabamos de exponer.

### III. Error-indiferente

343. *En qué consiste.* Este error es el que recae sobre cualidades secundarias del objeto, sobre motivos no determinantes de la voluntad. Este error no invalida el contrato, porque la Ley no dispone que produzca su nulidad.

## SECCION 3ª EL ERROR DE DERECHO

344. *Nuestros Códigos.* "El error de derecho no anula el contrato", dice el artículo 1296 del Código de 1884. Al contrario, el Código de 1928, sujeta a los mismos principios al error de derecho y al de hecho, en su artículo 1813, diciendo: "El error de derecho o de hecho invalida el contrato, etc. [véase la continuación de ese texto en el número 342 de este libro]."

345. *Crítica del Código de 1884.* El Código vigente ha obrado con acierto, y el Código anterior es criticable. A este respecto, Hémard hace observar lo siguiente: "Por el error de hecho, una parte se engaña sobre una circunstancia del contrato (objeto, persona, motivo); el error de derecho es una falsa opinión de un contratante sobre una regla jurídica aplicable al contrato que procede de una disposición de la Ley o sobre su interpretación: esta parte no se ha determinado a contratar, sino a consecuencia de su ignorancia o de su inexacta interpretación del derecho, merece protección tanto como la que ha cometido un error de hecho. Malamente se ha opuesto contra la admisión del error de derecho, la máxima "Se considera que ninguna ignora la Ley", porque esta máxima no tiene por fin sino asegurar la aplicación de las leyes, y se invoca aquí para consagrar una situación en la cual la Ley no ha sido respetada: si una persona que ha cometido un error de derecho esencial no pudiera pedir la protección de la Ley, haciendo

anular un contrato, se llegaría al resultado de hacer válida una violación de la Ley bajo pretexto de aplicar dicha máxima" [t. II, núm. 1166]. Ya sabemos que la máxima a que alude Hémard ha sido reconocida por el Código de 1884, en su artículo 22, y por el Código de 1928, en su artículo 21, con cierta limitación.

## CAPÍTULO SEGUNDO

## *El dolo y la mala fe*

346. *Dos especies de error.* El error al que nos hemos referido en el capítulo anterior, al que algunos autores llaman error fortuito [Planiol, t. II, núm. 1065], "es puramente casual, derivado de equivocación de la propia víctima... Pero el vicio del consentimiento puede provenir, exclusivamente de actos o actitudes del otro contratante" [Cunha Gonçalves, t. IV, núm. 522], o de un tercero. De esta hipótesis es de la que vamos a tratar en este capítulo.

347. *Definición.* Según el artículo 1297 del Código de 1884, "Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplea para inducir a error o mantener en él a alguno de los contrayentes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contrayentes, una vez conocido." El artículo 1815 del Código de 1928, es una reproducción del anterior, con sólo las siguientes modificaciones de palabras y no de esencia: La palabra "emplea" se ha sustituido por "emplee", y la palabra "contrayentes" por "contratantes".

Para mí, como se ve por la definición, el dolo y la mala fe no son vicios del consentimiento, sino que la Ley los considera como causa del error [Dias Ferreira, t. II, pág. 13 y Código de 1884, art. 1296, fracciones III y IV], que sí es uno de esos vicios. "El dolo no es reprimido por el derecho sino en razón del error que engendra en el espíritu de su víctima; cuando se frustra y el artificio es descubierto, falta su efecto y el Derecho Civil no tiene que preocuparse por él" [Planiol, t. I, núm. 283; Ripert y Boulanger, t. I, núm. 285].

Los dos artículos que hemos citado son una traducción del párrafo único, o sea, de la segunda parte del artículo 663 del Código Civil Portugués. Comentando este artículo, Dias Ferreira, enseña:

I. "El dolo y la mala fe, tienen los mismos efectos jurídicos, distinguiéndose apenas en que el dolo es, por decirlo así, activo y la mala fe pasiva." "Procede con dolo el que procura persuadir al comprador de que el objeto es de oro cuando es de cobre, y con mala fe el vendedor a quien el comprador ofrece un precio como si el objeto fuese de oro y no lo desengaña de que el objeto no es de oro" [t. II, págs. 13-14].



II. El dolo y la mala fe importan siempre premeditación, y propósito de engañar o de no desengañar, cuando el error ha nacido naturalmente [t. II, pág. 14].

348. *Casos en que no hay intención de engañar.* El artículo 1301 del Código de 1884, siguiendo al artículo 667 del Código Portugués, establece que: "Las consideraciones vagas y generales que los contrayentes expusieren sobre los provechos y perjuicios que naturalmente pueden resultar de la celebración o no celebración del contrato y que no importen engaño... a alguna de las partes, no serán tomadas en consideración al calificar el dolo..." Y el artículo 1821 del Código de 1928, repite el artículo anterior, con ligeras modificaciones de palabras, en estos términos: "Las consideraciones generales que los contratantes expusieren sobre los provechos y perjuicios que naturalmente pueden resultar de la celebración o no celebración del contrato y que no importen engaño... de las partes, no serán tomadas en cuenta al calificar el dolo..."

"No habrá, por tanto, dolo en la simple exageración o encarecimiento de las buenas cualidades de la cosa que se pretende vender, o de las ventajas de la operación propuesta o anunciada, cuando el proponente o anunciante faculta el examen de la cosa y no lleva su astucia hasta sugestionar al comprador o a la otra parte... La exageración sin artificios, es lo que se ha llamado *dolus bonus*. La simple afirmación inexacta o mentirosa tampoco constituye dolo, por ejemplo, el decir el vendedor que tiene otro pretendiente a su cosa o que se le ofrece cierto precio... El otro contratante puede exigir la prueba de estas afirmaciones... En este artículo 663º se exige el *dolus malus*, el engaño intencional realizado por sugestiones o afirmaciones mentirosas y alicientes, los artificios o maniobras fraudulentas, consistiendo en disfrazar la realidad de las cosas bajo falsa apariencia, o en colocar a la otra parte en condiciones de no dar fe, no tener conciencia plena de lo que hace, suscribe o acepta, o en hacer desaparecer u ocultar documentos o personas que pudiesen ilustrar o aconsejar al contratante... Por tanto, constituyen maniobras dolosas... la presentación de falsas referencias bancarias, la presentación de falsos arrendamientos a fin de engañar sobre el monto de las rentas del predio..." [Cunha Gonçalves, t. IV, núm. 522, págs. 311 a 312].

349. *El dolo determinante.* Según las fracciones III y IV, del artículo 1296 del Código de 1884, el error de hecho anula el contrato si procede de dolo o mala fe. Estas fracciones concuerdan con la primera parte del artículo 663 del Código Portugués, y Dias Ferreira, comentando este precepto, dice que el dolo y la mala fe no vician el acto, sino cuando fueren causas determinantes de la voluntad del otorgante [t. II, pág. 14]. Lo mismo enseña Cunha Gonçalves, diciendo: "Para que el dolo sea causa de nulidad del contrato, es preciso que sea determinante, eso es, debe probarse que sin él el contrato no se realizaría. Por eso, deben tomarse en

consideración solamente las sugestiones y artificios anteriores o concomitantes a la formación del contrato. El dolo posterior tendrá sus consecuencias, pero sin perjuicio de la validez del contrato", y cita en su apoyo a Aubry et Rau, Planiol, Demolombe, Coviello, Demogue y Laurent [t. IV, núm. 522, pág. 314].

El artículo 1816 del Código de 1928, dice que: "el dolo o mala fe... anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico". Lo cual significa que el nuevo Código textualmente expresa lo que estaba implícito en el Código antiguo, según su interpretación jurídica, así pues, no es razonable la crítica que me hace Rojina Villegas, creyendo que difieren ambos Códigos en su esencia porque sus textos no son idénticos [v. su *Derecho Civil Mexicano*, t. I, pág. 361].

350. *Dolo principal y dolo incidental.* Se llama dolo principal el dolo que ha tenido por efecto determinar a un contratante a contratar, sin el cual no habría contratado, y dolo incidental o accidental, el que no ha tenido ese efecto, aunque ha podido determinar a un contratante a aceptar condiciones más desventajosas que las que hubiere aceptado sin el dolo [Planiol, t. I, núm. 282, y t. II, núm. 1067; Demogue, t. I, núm. 377; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, número 116]. Refiriéndose a esta distinción Cunha Gonçalves opina que "probado que sea el dolo accidental, la consecuencia será, o una reducción del precio o la anulación de las cláusulas que sin él no habrían sido aceptadas" [t. IV, núm. 522, pág. 317].

351. *Autores del dolo o de la mala fe.* Según el artículo 1296, del Código de 1884, "El error de hecho anula el contrato... III. Si procede de dolo o mala fe de uno de los contrayentes. IV. Si procede de dolo de un tercero que pueda tener interés en el contrato." Estas fracciones, como ya lo hemos dicho, concuerdan con el artículo 663 del Código Portugués.

La fracción III comprende no sólo el caso en que un contratante personalmente sea el autor del dolo, sino también el caso en que lo sea su representante o su cómplice [Cunha Gonçalves, t. IV, núm. 522, págs. 314-315]. Obra de mala fe el contratante que conociendo el dolo de un tercero no lo revela al otro contratante, sino que lo autoriza con su silencio, aprovechando ese dolo [Cunha Gonçalves, *op. cit.*, págs. 315-316]. Cuando el tercero ejecuta el dolo teniendo o pudiendo tener interés en el contrato, éste será nulo aunque el contratante que saque provecho del dolo ignore éste [Cunha Gonçalves, *op. cit.*, pág. 315]. Ejemplo: un intermediario en la compraventa de una casa, que tiene interés en percibir un corretaje, dolosamente hace creer al comprador que la finca produce rentas mayores que las que realmente produce, y logra que la venta se realice en precio superior al que hubiera aceptado pagar el comprador si hubiere sabido cuáles eran las rentas reales de la finca.

El artículo 1816 del Código de 1928, dice: "El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquélla, anulan el contrato..." Este artículo concuerda con los artículos 94 y 95 del Código del Brasil, y éstos con el artículo 123 del Código Alemán, respecto del cual dicen Enneccerus-Nipperdey: "puedo impugnar una compraventa si el vendedor o su representante o mediador me ha engañado, o si me ha engañado un tercero y el vendedor o su representante o mediador lo sabía..." [Vol. II, pág. 221]. Según el artículo 1817 del Código de 1928: "Si ambas partes proceden con dolo, ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones."



352. *La nulidad.* Cuando hay dolo o mala fe, el contratante que ha incurrido en error puede pedir la nulidad, aunque al celebrar el contrato no haya declarado el motivo determinante de su voluntad, ni ese motivo se pruebe, precisamente por las circunstancias del mismo contrato, requisitos que se requieren cuando el error es fortuito o casual, según hemos visto en los números 342 y 343 de este libro.

352 *bis.* *Renuncia al derecho de pedir la nulidad.* Nos es lícito renunciar para lo futuro la nulidad que resulte del dolo [art. 1302, C. a., y 1822, C. v.].

## CAPÍTULO TERCERO

### *La intimidación o violencia*

353. BIBLIOGRAFIA. Además de las obras citadas en el número 332, véanse: DEMOGUE, "De la violence comme vice du consentement" *(Revue trimestrielle de Droit*, 1914, t. XIII, págs. 435-480); LALLEMENT, *L'etat de nécessité en matière civile*, 1922.

354. *Definiciones.* "Hay intimidación cuando se emplean fuerza física o amenazas que importan peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del que contrae, de su cónyuge o de sus ascendientes o descendientes" [art. 1299 C. a.]. "Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado" [art. 1819, C. v.].

Como se ve, la intimidación a que se refiere el antiguo Código es lo mismo que la violencia de que trata el nuevo; el primero se coloca en el punto de vista del paciente, o sea de aquel cuyo consentimiento está viciado, y el segundo, en el del agente. En realidad no es la violencia misma, sino el temor, su efecto ordinario, el que altera la voluntad, el que vicia el consentimiento [Baudry-Lacantinerie et Barde, tomo XII, núm. 72].

355. *El empleo de fuerza física o de amenazas contra tercera persona.* Los artículos de nuestros Códigos, cuyo texto hemos copiado en el número

anterior, no mencionan sino a ciertas personas. De igual manera ha procedido el artículo 1113 del Código Napoleón, comentando el cual, Baudry-Lacantinerie et Barde, enseña que: "El artículo 1113, respecto de las personas que indica, establece una presunción, según la cual se reputa que las amenazas dirigidas contra ellas producen sobre la voluntad del contratante la misma impresión, quizá una impresión más fuerte que si se hubieren dirigido a él... En cuanto a las personas que no se han considerado por el artículo 1113, el juez debe apreciar de hecho, si las amenazas de las que han sido objeto han producido sobre el contratante una impresión tal, que su consentimiento no ha sido libre" [t. XII, núms. 89 y 92].

356. *La nulidad.* Es nulo el contrato celebrado por intimidación, o sea por violencia, ya provenga ésta de alguno de los contratantes, ya de un tercero, interesado o no en el contrato [arts. 1298 del C. a. y 1818 del C. v.].

356 *bis. Renuncia al derecho de pedir la nulidad.* No es lícito renunciar para lo futuro la nulidad que resulte de la intimidación o de la violencia [arts. 1302 del C. a. y 1822 del C. v.].

357. *Casos en que no hay intimidación o violencia.* "Cuando sólo hay abuso de autoridad paterna, marital u otra semejante, se dice que hay coacción; pero ésta no anula el contrato" [art. 1300 del C. a.] "El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento" [artículo 1820 del C. v.]. Estos dos artículos son análogos, especialmente el segundo, al 1114 del Código Napoleón, comentando el cual dicen Baudry-Lacantinerie et Barde: "El motivo de esta disposición, es que el temor reverencial no procede de la violencia, sino de sentimientos que, por regla muy general cuando menos, merecen ser estimulados. El hecho de inspirar estos sentimientos, y aun el de aprovecharse de ellos, no presentan ninguno de los caracteres de la violencia tal como la hemos definido..." [t. XII, número 86].

En el número 348 de este libro, hemos insertado el texto de los artículos 1301 del Código de 1884, y 1821 del Código de 1928, en lo que respecta al dolo. Los mismos artículos, en las partes que en la inserción aludida aparecen con puntos suspensivos, se refieren a la intimidación o violencia. Así, por ejemplo, el último de los artículos citados en lo que respecta a la violencia, dice: "Las consideraciones generales que los contratantes expusieren sobre los provechos y perjuicios que naturalmente pueden resultar de la celebración o no celebración del contrato, y que no importen... amenaza alguna de las partes, no serán tomadas en cuenta al calificar... la violencia."

"Un acreedor que tiene un título ejecutivo, puede querer proceder al embargo de su deudor, y, bajo esta amenaza, el deudor quizá se decidirá



a darle una garantía, como una hipoteca, que lo desarmará por cierto tiempo y detendrá los procedimientos judiciales. La garantía concedida en tales circunstancias no puede retirarse al acreedor so pretexto de que se ha obtenido por violencia... Procediendo judicialmente en contra de su deudor, el acreedor no hace sino usar de su derecho, y la Ley no debe reprimir sino la violencia ilegal..." [Planiol, t. II, núm. 1074].

Como se ve, por lo expuesto, "la coacción ejercida por una persona sobre otra, para determinarla a ejecutar un acto jurídico, no constituye siempre una violencia en el sentido legal de la palabra" [Planiol, t. II, número 1074].

## CAPÍTULO CUARTO

### *Naturaleza de la nulidad*

358. *Introducción.* Hemos visto que los vicios del consentimiento, según nuestros Códigos Civiles, producen la nulidad del contrato. Ahora hay que determinar la especie de esta nulidad.

359. *Código de 1884.* Este Código contiene los preceptos siguientes: "Artículo 1303. Si habiendo cesado la intimidación, o siendo conocido el dolo, el que sufrió la violencia o padeció el engaño, ratifica el contrato, no puede en lo venidero reclamar por semejantes vicios." "Artículo 1666. La acción de nulidad fundada en error, prescribe por el lapso de cinco años, a no ser que el que incurrió en el error lo conozca antes de que expire ese término. En este caso, la acción prescribe a los sesenta días contados desde aquel en que el error fue conocido." "Artículo 1667. La acción para pedir la nulidad de un contrato hecho por intimidación, prescribe a los seis meses contados desde el día en que cesó la causa." "Artículo 1674. La acción y la excepción de nulidad competen a las partes principales y a sus fiadores; exceptuándose aquellos casos en que la ley dispone expresamente otra cosa." "Artículo 1676. Tampoco puede alegarse la excepción que proviene de error o de intimidación, por el que haya contribuido al uno o a la otra." "Artículo 1677. Cuando el contrato es nulo por incapacidad, intimidación o error, puede ser ratificado cesando el vicio o motivo de nulidad, y no concurriendo otra causa que invalide la ratificación." "Artículo 1678. El cumplimiento voluntario, por medio del pago, novación o cualquier otro modo, ejecutado con las mismas circunstancias, se tiene por ratificación, y no puede ser reclamado."

De las disposiciones señaladas, se desprende claramente que para el Código de 1884, la nulidad de vicios del consentimiento es una nulidad relativa.

360. *Código de 1928.* Este Código contiene los preceptos siguientes: "Artículo 1823. Si habiendo cesado la violencia o siendo conocido el dolo,

el que sufrió la violencia o padeció el engaño ratifica el contrato, no puede en lo sucesivo reclamar por semejantes vicios." "Artículo 2228... el error, el dolo, la violencia... produce la nulidad relativa del mismo" (acto). "Artículo 2230. La nulidad por causa de error, dolo, violencia... sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios de consentimiento..." "Artículo 2233. Cuando el contrato es nulo por... violencia o error, puede ser confirmado cuando cese el vicio o motivo de nulidad, siempre que no concurra otra causa que invalide la confirmación." "Artículo 2234. El cumplimiento voluntario por medio del pago, novación, o por cualquier otro modo, se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad." "Artículo 2235. La confirmación se retrotrae al día en que se verificó el acto nulo; pero ese efecto retroactivo no perjudicará a los derechos de tercero." "Artículo 2236. La acción de nulidad fundada... en error, puede intentarse en los plazos establecidos en el artículo 638. Si el error se conoce antes de que transcurran esos plazos, la acción de nulidad prescribe a los sesenta días, contados desde que el error fue conocido." "Artículo 638. La acción para pedir la nulidad prescribe en los términos en que prescriben las acciones personales o reales, según la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende." "Artículo 2237. La acción para pedir la nulidad de un contrato hecho por violencia, prescribe a los seis meses contados desde que cese ese vicio del consentimiento."

De lo expuesto resulta, sin duda alguna, que los vicios de consentimiento son causa de nulidad relativa de los contratos.

En lo que se refiere a las nociones de ratificación y cumplimiento voluntario, nos remitimos a lo que sobre el particular hemos dicho al tratar del requisito de forma en los números 285, 286, 287, 291 y 295 de este libro.

## TÍTULO SÉPTIMO

## LA LESION

361. *Tabla A*

C. a. 1656.—G. *Comentario,* pág. 177 y al art. 1165.—C. E. 1290.
" " 1657.—G. 1164.—C. N. 1118.
" " 1658.—C. N. 1674.
" " 1660.—G. 1166.—C. N. 1676.
" " 2889.—
" " 2890.—C. N. 1674.

362. *Tabla B*

C. v. 17.—C. O. 21 y 30 frac. 2ª—C. Al. 138.
" " 2228.—Bonnecase, *Suppl.*, t. III, núm. 80, 92 *bis* y 108
" " 2230.—Nuevo en lo que concierne a lesión.

363. *Antecedente.* Mi estudio denominado "Lesión", publicado en la *Revista General de Derecho y Jurisprudencia,* t. V, págs. 183-193 (octubre a diciembre de 1934).

364. BIBLIOGRAFIA. DEMONTÈS, *De la lésion dans les contrats entre majeurs;* GARCÍA TÉLLEZ, *Motivos, colaboración y concordancia del nuevo Código Civil Mexicano;* SALEILLES, en *Code Civil Allemand, traduit et annoté,* tomo I, pág. 155; SALEILLES, *De la déclaration de volonté,* pág. 266, núm. 36, páginas 291-297, núms. 85-100; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Derecho Civil,* Parte general, vol. II, párrafo 179, págs. 306-312; TUHR, t. I, núm. 28, 67 y sigs. 631; SCHNEIDER et FICK, t. I, pág. 63; ROSSEL, t. I, núms. 67, 68 y 84; RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles,* núms. 61-73; RIPERT, *Le régime démocratique et le Droit Civil moderne,* núms. 92-95; ANDRONESCO, *L'inégalité des prestations dans les contrats;* PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, t. VI, núm. 215-217; *Exposición de motivos del Código Civil de 1870,* art. 1771; LÉVY-ULLMANN, *L'obligation et le contrat au premier quart du XXe siècle,* págs. 394-405; DEMOGUE, t. I, núms. 391-462 *bis;* PLANIOL, t. II, núm. 1076. 2º-1076. 5º; JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du Droit privé,* núms. 96-104; BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT *(De la vente et de l'échange),* t. XIX, números 670-726; BONNÉCASE, *Supplément,* t. III, números. 9 y 111.

## NOCION PRELIMINAR

365. *Definición y clasificación.* Dice Demontès, en su obra citada, que la lesión es el perjuicio que un contratante experimenta, cuando en un contrato conmutativo, no recibe de la otra parte un valor igual al de la prestación que suministra. Este perjuicio nace, pues, de la desigualdad de los valores, y el daño que causa parece un atentado a la idea de justicia [página X].

Estudia después las soluciones que puede recibir el problema de la lesión, y clasifica las legislaciones en cuatro grandes categorías, de las cuales vamos a ocuparnos.

### CAPÍTULO PRIMERO

### *Vicio subjetivo*

366. *La primera categoría.* Está formada por las legislaciones que admiten la lesión como un vicio subjetivo del consentimiento. "En cierto sentido ,toda lesión es un vicio subjetivo, puesto que se considera que la represión se funda en la teoría clásica sobre una presunción de violencia o de error que es humano reparar; pero no es en este sentido en el que la entendemos. Eso significa que no hace llamamiento a ningún elemento de desproporción material entre las prestaciones, y que no se considera la lesión sino como un vicio de consentimiento al mismo título que el error, el dolo o la violencia. No es una cuestión de justicia en los contratos la que se pone, es la pura y simple cuestión de saber si el consentimiento se ha dado válidamente. La legislación-tipo en la materia es el Derecho de los países anglosajones." [Demontès, *op. cit.*, pág. 51.]

### CAPÍTULO SEGUNDO

### *Vicio objetivo*

## SECCION 1ª NOCION GENERAL

367. *La segunda categoría.* Está formada por las legislaciones que no admiten la lesión sino como un vicio objetivo del contrato. En estas legislaciones "la lesión no se admite sino en ciertos casos, pero cuando se admite, no se trata de establecerla por medio de un elemento subjetivo, de apreciación individual o de conducta moral, no se considera sino la desproporción que puede existir entre las prestaciones en el contrato, y si esta desproporción pasa cierta tasa legalmente fijada, hay rescisión por lesión. La lesión es, pues, un vicio objetivo del contrato, en este sentido que se considera en el objeto mismo del acto jurídico. La determinación



positiva del elemento material llega a ser, desde el punto de vista jurídico, el elemento importante. El tipo fundamental de esta categoría de legislaciones es el Derecho Romano y, en suma, se puede decir que su extensión abraza todas las legislaciones de las razas latinas... Conocemos las reglas esenciales, aunque en el detalle haya habido soluciones bastante diversas en la interpretación histórica de los textos de la codificación de Justiniano. En principio, la lesión no produce entre mayores ningún efecto sobre el convenio de las partes; éste permanece válido cualesquiera que sean los resultados a los que conduzca. En ciertos contratos, sin embargo, ha parecido que había un interés social particular en que las prestaciones respectivas de las partes quedasen en cierta relación de equivalencia y entonces se ha admitido, a título excepcional, la rescisión por lesión. Es preciso y basta, para ello, que la lesión alcance cierta tasa. Y, sin embargo, aquí se produce una diferenciación: ciertas legislaciones, para los contratos en los cuales se admite la rescisión, conceden este remedio a las dos partes a la vez, y en este caso se puede decir que hay absolutamente vicio objetivo del contrato, puesto que es solamente la medida de la desproporción de los equivalentes, respecto de una de las partes cualquiera que sea, la que justifica la acción de rescisión. Otras legislaciones, al contrario, no la admiten sino en beneficio de una sola de las partes; entonces si aun es verdad que hay fundamentalmente una concepción objetiva, se puede decir, sin embargo, que cierto elemento subjetivo ha penetrado en la institución porque se hace una situación de favor a una de las partes, en razón de una especie de presunción legal de debilidad existente en su persona... A esta categoría pertenecen el Código Civil Francés y los Códigos que ha inspirado más directamente, el de Bélgica y el de Italia" [Demontès, *op. cit.*, páginas 77-78].

## SECCION 2ª DERECHO FRANCES

368. *El Código Napoleón.* Este Código contiene los siguientes artículos relativos a la lesión entre personas mayores de edad: "Artículo 1118. La lesión no vicia los convenios sino en ciertos contratos o respecto de ciertas personas..." "Artículo 1674. Si el vendedor ha sido lesionado en más de siete deceavos en el precio de un inmueble, tiene el derecho de pedir la rescisión de la venta, aun cuando expresamente hubiera renunciado en el contrato a la facultad de pedir esta rescisión..." "Artículo 1675. Para saber si hay lesión de más de siete doceavos hay que estimar el inmueble según su estado y su valor en el momento de la venta." "Artículo 1676. La demanda no es admisible después de la expiración de dos años, a contar del día de la venta..."

369. *Comentario de Lévy-Ullmann.* Dice en su curso citado, [páginas 396-397], que la opinión que domina es que la lesión hace presumir que el consentimiento ha sido viciado, es la revelación de un vicio, tiene un

valor de síntoma, hace presumir una falta de libertad del consentimiento. Y agrega que la mayor parte de las veces, el perjudicado ha sabido que era perjudicado, pero ha tratado bajo el imperio de las circunstancias; tal es el caso en que una persona que, sabiendo que no vende su inmueble en el precio verdadero, consiente, sin embargo, bajo el imperio de la necesidad, en la transacción desventajosa, en el contrato que entraña la lesión. Como dice Pothier, hay imperfección en el consentimiento y esta imperfección reposa sea sobre el error, sea sobre la coacción, sea sobre maniobras.

370. *Naturaleza de la rescisión en Derecho Francés.* Planiol, [tomo II, núms. 1274-1276], enseña que antiguamente en Francia se reservaba el nombre de acción de rescisión a los casos en que la nulidad se fundaba exclusivamente sobre textos romanos, y no se intentaba sino después de obtener actas de cancillería y del pago de derechos fiscales, y se llamó acción de nulidad a la que estaba abierta de pleno derecho por las ordenanzas o las costumbres: que esta distinción se ha borrado hoy enteramente y los autores del Código emplean indiferentemente las dos expresiones "acción de nulidad" o "acción de rescisión" para designar ambas acciones hoy confundidas y que los autores modernos han tomado la costumbre de reservar el nombre de acción de rescisión a las nulidades fundadas sobre una lesión. Bonnecase dice que "la rescisión por lesión aplicada a los mayores en materia de partición o de venta de inmuebles está incorporada a la nulidad de derecho" *[Supplément*, t. III, núm. 111].

## SECCION 3ª DERECHO MEXICANO

371. *El Código Civil de 1884.* Este Código pertenece a la segunda categoría que estudiamos en este capítulo, como puede verse en los artículos que dicen: "Artículo 1656. No pueden rescindirse más que las obligaciones que en sí mismas son válidas." "Artículo 1657. Ninguna obligación se rescinde únicamente por lesión, salvo lo dispuesto en el artículo 2890." "Artículo 1658. Sólo hay lesión cuando la parte que adquiere da dos tantos más o la que enajena recibe dos tercios menos del justo precio o estimación de la cosa." "Artículo 1660. La acción para pedir la rescisión, dura cuatro años." "Artículo 2889. El contrato de compraventa no podrá rescindirse en ningún caso a pretexto de lesión, siempre que la estimación de la cosa se haya hecho por peritos al tiempo de celebrarse el contrato." "Artículo 2890. Si la cosa ha sido valuada por peritos con posterioridad a la celebración del contrato, podrá rescindirse éste si del dictamen de aquéllos resulta que alguna de las partes ha sufrido lesión en los términos que establece el artículo 1658."

372. *La exposición de motivos.* Los artículos transcriptos en el número anterior son una reproducción de los artículos 1770, 1771, 1772, 1774, 3022 y 3023 del Código de 1870, en cuya exposición de motivos se lee que habiéndose establecido las reglas necesarias para la rescisión por dolo y por error no hay necesidad de las relativas a la lesión, pues cuando ésta se verifica hay por lo común error y no pocas veces dolo; se exceptúa el contrato de compraventa, porque siendo el más frecuente, e imposible en muchos casos valerse en él de la mediación de peritos, era preciso conservar al perjudicado la acción rescisoria por lesión.



373. *Naturaleza de la rescisión en el Código de 1884.* Como hemos visto, este Código en el artículo 1656, considera que el contrato rescindible es válido, y en el artículo 1657, establece que el contrato de compraventa es rescindible por lesión y por consiguiente no lo declara nulo. A mi juicio, este es un error técnico, pues la lesión tiene el carácter de un vicio del contrato en su formación, como resulta de la exposición de motivos del Código de 1870, cuyos conceptos son análogos a los de Lévy-Ullmann y Pothier, expuestos en el número 369 de este libro.

374. *¿Es renunciable en el contrato la acción para pedir su rescisión por lesión?* La cuestión es dudosa, pues el Código de 1884 no ha dicho expresamente, como lo hace el Código Napoleón, que esa acción sea irrenunciable, y además no declara nulo el contrato de compraventa en el que hay lesión; pero por otra parte, puede decirse que hay un interés social, no sólo individual, en que las prestaciones de las partes queden en cierta relación de equivalencia [número 367 de este libro] y que la lesión, generalmente, es un síntoma de que el perjudicado ha obrado por error, dolo o violencia [números 369 y 372 de este libro].

### CAPÍTULO TERCERO

### *Vicio a la vez subjetivo y objetivo*

## SECCION 1ª NOCION GENERAL

375. *La tercera categoría.* Está formada por las legislaciones en las que la lesión es un vicio de carácter a la vez objetivo y subjetivo. "Carácter subjetivo, significa que la lesión se toma en consideración en tanto que representa un vicio del consentimiento en el perjudicado o una voluntad particular en la otra parte; carácter objetivo, es la indicación de que se debe tener en cuenta también, para admitir la lesión, cierto grado de desproporción entre las prestaciones. Y estos dos elementos, subjetivo y objetivo, son necesarios para que se pueda *anular* un contrato por lesión." [Demontès, *op. cit.*, págs. 63-64]. A esta categoría pertenecen el Código Civil Alemán y el Código Suizo de las Obligaciones, como hace observar Demontès *[op. cit.*, págs. 63 y 72].

## SECCION 2ª DERECHO ALEMAN

376. *El Código Civil Alemán.* Este Código, en su artículo 138, dice: "Un acto jurídico que ataca las buenas costumbres, es nulo. Es nulo, en particular, un acto jurídico por el cual alguno, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, obtiene para él o para un tercero, que en cambio de una prestación, se prometan o se suministren ventajas patrimoniales que excedan del valor de la prestación, de tal suerte que, teniendo en cuenta las circunstancias, estas ventajas estén en desproporción chocante con relación a la prestación."

377. *Demontès.* Refiriéndose al artículo transcrito, hace las siguientes observaciones: "Los términos mismos tienen necesidad de ser explicados un poco: el artículo habla de acto jurídico; esta palabra de carácter general se comprende cuando se piensa que se encuentra uno con el artículo 138 en la parte general del Código, la que establece los principios destinados a dominar el Derecho privado y sus aplicaciones. Pero hay, sin embargo, cierta afectación en mantener esta palabra de acto jurídico en la segunda parte, porque allí se supone un acto que interviene entre dos personas, es decir, un convenio... La desproporción chocante de que habla el artículo 138 parecería contener una noción moral, pero no es sino un elemento material, es la diferencia, la separación entre los valores respectivos de las prestaciones. Representa, pues, el elemento principal de toda la teoría clásica de la lesión. Pero esta desproporción no se ha fijado por la Ley; se ha estimado, refiriéndose a los precedentes dados por las leyes precitadas sobre la usura, que toda fijación legal de una tasa matemática era nociva, porque el acto que tiene carácter de lesión lastima las costumbres de manera diferente según las personas que están en juego; una lesión mínima, puede reprimirse en ciertos casos si lastima, mientras que una lesión más fuerte, en otros casos, parecería insuficiente para la anulación del contrato... Al lado de este elemento objetivo de desproporción, se necesita que haya habido explotación de la situación desfavorable del perjudicado... puede haber exageración en la desproporción; si no hay, al mismo tiempo, explotación de una situación desfavorable no habrá nulidad. Así, cuando se toma prestado dinero a una tasa excesiva, pero con un fin productivo bien claramente indicado, no se podría pretender que se ha obrado en un estado de necesidad. Por otra parte, no habrá nulidad tampoco si se obtienen condiciones muy ventajosas, sin que exista en ello explotación, como es el caso cuando se compra a bajo precio un objeto, mueble o cuadro antiguo, que representa gran valor." *[Op. cit.*, págs. 68-70.]

378. *Saleilles.* Hace este comentario del artículo 138 del Código Civil Alemán: "Sobre un punto, sin embargo, el artículo 138 ha tenido que hacer una aplicación especial del principio que acaba de establecer; es en lo que concierne a los contratos leoninos, que constituyen, por consiguiente, por el



hecho mismo de la desproporción de los equivalentes, una explotación de una de las partes por la otra. Se trata, pues, de una extensión de la concepción nueva admitida en materia de contratos usurarios por las Leyes de 24 de mayo de 1880 y 19 de junio de 1893. Según estas leyes, la usura no resulta forzosamente de la sola elevación de la tasa del interés, sino de la prueba, una vez establecida, de que esta desproporción de equivalentes provenía de una explotación de la miseria, de la edad o de la debilidad de aquella de las partes que la ha sufrido. La Ley de 1893 había extendido este sistema no solamente a los contratos de crédito, para los cuales únicamente la concepción clásica de la usura estaba admitida, sino también a los contratos al contado, a lo que, algunas veces, se ha llamado la usura real, que resulta de la desproporción de las prestaciones suministradas: solamente, se exigía aún que esta usura, en todo caso, fuese habitual o profesional. Un acto aislado no caía bajo el golpe de la Ley. Esta última condición es, por otra parte, rechazada por el artículo 138, que anula, como contrario a las costumbres aun un solo acto, en el cual la desproporción de los equivalentes sería el resultado de una explotación de una de las partes; es hacer de la lesión una causa de nulidad, pero a condición de no atenerse a una comprobación puramente objetiva de la lesión, sino a la prueba de una explotación subjetiva del individuo. Las condiciones de la nulidad son, pues, de dos especies: un elemento puramente objetivo, que consiste en la desproporción de los equivalentes, la cual no se fija *a priori* según una desproporción matemática, sino que debe ser tal que ofenda las costumbres, lo que es la aplicación pura y simple del principio general del artículo 138; después un elemento subjetivo, que es el hecho de una explotación del individuo que ha sufrido la lesión. Y por ella es preciso entender, no el hecho de parte de la víctima de la lesión de haber sufrido una presión a la que su voluntad no ha resistido, lo que sería un punto de vista susceptible de entrar entre los vicios del consentimiento, sino el hecho, enteramente diferente de la otra parte, de haber sacado partido de un estado de falta de inteligencia o de miseria de aquel con quien contrataba. No se trata, pues, de un vicio del consentimiento, sino de un acto inmoral del contratante en provecho de quien existe la desproporción de los equivalentes" *[Code Civil Allemand, traduit et annoté*, t. I, págs. 155-156].

## SECCION 3ª DERECHO SUIZO

379. *El Código de las Obligaciones.* Este Código contiene el artículo 21, que dice: "En caso de desproporción evidente entre la prestación prometida por una de las partes y la contraprestación de la otra, la parte perjudicada puede, en el plazo de un año, declarar que rescinde el contrato y reclamar lo que ha pagado, si la lesión ha sido determinada por la explotación de su penuria *(gène)*, de su ligereza o de su inexperiencia. El plazo de un año corre desde la celebración del contrato."

380. *Demontès.* Observa que hay muy pocas diferencias, si no es en la redacción, entre este texto y el del artículo 138 alemán; las dos palabras, necesidad *(besoin)* por una parte, y penuria *(gêne)* por la otra, parecen poder considerarse como jurídicamente equivalentes *[op. cit.,* págs. 73-74].

381. *Tuhr.* Comenta el mismo artículo del Código Suizo, diciendo: "I. La libertad contractual se refiere a todo el objeto del contrato y, en los contratos bilaterales en particular, a toda la extensión de la prestación y de la contraprestación. A este último respecto, sin embargo, la regla del artículo 21 sobre la lesión restringe la libertad contractual. La lesión es una generalización de la noción de la usura, noción procedente del Derecho Canónico; nacida a propósito del préstamo, esta noción se ha aplicado por el Derecho moderno, Civil y Penal, a todos los contratos bilaterales. En los términos del artículo 21, la lesión supone dos condiciones: 1. Debe haber una desproporción evidente entre la prestación y la contraprestación; tal es el caso, por ejemplo, si se estipulan en el préstamo intereses u otras ventajas excesivas en favor del acreedor, en la venta un precio exorbitante o irrisorio, en el contrato de trabajo un salario demasiado elevado o demasiado bajo, en la sociedad una parte de ganancia que no corresponda a la aportación del asociado, en una transacción una indemnización que no está proporcionada al derecho abandonado. Lo que permite decidir si hay desproporción, es el valor objetivo de las prestaciones, tal como se le estima comúnmente (en vista de las circunstancias) en la época de la formación del contrato; se tendrá en cuenta la seguridad más o menos grande del negocio; así, un precio de venta muy bajo, o un tipo de interés elevado por una suma prestada, pueden justificarse por el riesgo que corren el comprador o el acreedor. 2. Al hecho de la desproporción debe agregarse un elemento subjetivo: la explotación de la penuria *(notlage,* necesidad), de la inexperiencia o de la ligereza de la otra parte. La penuria *(gêne)* no es invariablemente de naturaleza económica, puede resultar de necesidades personales apremiantes; así en el caso en que una intervención quirúrgica no pudiera retardarse, el enfermo estaría en la necesidad de recurrir al único médico disponible. La penuria puede afectar al contratante o a uno de sus parientes, ser merecida o no; se tomará en consideración también un estado de necesidad presumible. Por razón de la inexperiencia o de la ligereza, se puede también venir en ayuda de las personas cuya debilidad de espíritu no es tal que se le pueda mirar como incapaces de discernimiento. Por explotación hay que entender el hecho de aprovecharse a sabiendas del estado de necesidad, de la inexperiencia o de la ligereza de una persona para estipular ventajas excesivas; no hay que investigar si los tratos en vista del contrato se han empezado por el usurero o por la otra parte. La explotación de la ligereza, se liga, a menudo, al dolo; se confunde con la hipótesis del artículo 29 (que trata de la intimidación), cuando el usurero ha provocado voluntariamente la penuria o tenía la obligación de hacerla cesar. II. Mientras el BGB *(Código Civil Alemán)* tiene la lesión por contraria a las costumbres y por consiguiente por *nula,* el CO (Código de las Obligaciones), apreciando, me parece, más justamente la situación jurídica, subordina la validez del contrato a la voluntad del perjudicado, al cual da el derecho de declarar, en el plazo de un año, que no mantiene el contrato. Esta declaración, como la de la víctima del error, puede llamarse *Anfechtung* (invalidez, anulación). Aunque el texto del artículo 21 no concuerda absolutamente con el del artículo 31 (que trata del error, dolo y temor), la situación jurídica es la misma: el contrato no obliga al perjudicado, pero puede ser validado por la ratificación o por la expiración del plazo de un año. El juez no tiene que declarar de oficio el carácter no obligatorio del contrato; no examinará esta cuestión si no es que el perjudicado ha declarado no mantener el contrato. De manera contraria al artículo 31, el plazo de invalidez corre desde la celebración del contrato y no solamente desde el descubrimiento de la lesión. Si un dolo o amenazas concurren con la lesión, el contrato no llega a ser válido, sino después de la expiración del plazo del artículo 31. Invalidado el contrato, el perjudicado puede rehusar su prestación o, si la ha efectuado, reclamarla por la reivindicación o la acción por causa de enriquecimiento. Asimismo el usurero puede reclamar su prestación, tan pronto como el contrato se ataca por el perjudicado, porque, por el hecho mismo, el contrato y, por consiguiente, la causa de la prestación han caducado. El artículo 66 no se opone a la demanda del usurero, puesto que la prestación de este último se ha efectuado en ejecución de un contrato que lo liga y no en vista de alcanzar un fin inmoral. La lesión es una infracción a las reglas de la buena fe que rigen los tratos anteriores al contrato. Permite al perjudicado reclamar indemnización de daños y perjuicios..." *[op. cit.,* tomo I, párrafo 40, págs. 280-282].



## SECCION 4ª TENDENCIA EN FRANCIA

382. *Ripert.* En su libro *Le régime démocratique et le Droit Civil moderne* [núms. 92 y 93], tratando de la tendencia que existe en Derecho actual a la protección de los débiles, se expresa así, respecto de la lesión: "Si los dos contratantes no están en igualdad de fuerzas, el más poderoso encuentra en el contrato una victoria demasiado fácil. Movido por el interés, que es el móvil más frecuente de las acciones humanas, sacrifica el bien de otro a su propia satisfacción... Lo que nos interesa... es la intervención del legislador para impedir que, por el juego del contrato, uno de los contratantes se encuentre lesionado, porque es el contratante más débil, y aun cuando haya aceptado serlo. Hay que ver por qué signos se reconocerá esta debilidad... La idea más sencilla es, evidentemente, juzgar de la debilidad del contratante por el resultado obtenido. El que ha sido obligado a aceptar una estipulación demasiado desventajosa para él, ha sido la víctima de la coacción que pesaba sobre su voluntad. La lesión manifiesta

que el contrato no ha salido de una voluntad libre, porque ninguno aceptaría, no habiendo intención liberal, hacer un sacrificio en plena libertad. Habría, pues, que comenzar por sostener la lesión como causa de nulidad del contrato... Hoy... el espíritu igualitario combate por la admisión amplia de la lesión en el Derecho Civil... Los demócratas cristianos recuerdan las enseñanzas de la Iglesia sobre la prohibición de la usura y la fijación del justo precio; los demócratas laicos acuden en su ayuda al legislador para impedir la explotación económica de los débiles por los ricos. No se podría negar aquí la influencia de la idea moral, pero hay también, y es lo que concierne ante todo a la democracia, una protección dada a la debilidad, cualquiera que sea la causa."

## SECCION 5ª DERECHO MEXICANO

383. *El Código de 1928.* Este Código pertenece a la tercera categoría. En efecto, en su texto original, el artículo 17 está concebido en los siguientes términos: "Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación. El derecho concedido en este artículo dura un año."

Por Decreto publicado en el *Diario Oficial* de 27 de diciembre de 1983, en vigor a partir del 1º de octubre de 1984, se reformó el artículo transcrito, estableciéndose que: "...el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios. El derecho concedido en este artículo dura un año".

384. *Los trabajos preparatorios.* La Comisión redactora del Código de 1928, en oficio (y en su anexo) que dirigió al Oficial Mayor Encargado de la Secretaría de Gobernación, rindiéndole un informe sobre la revisión del Proyecto del Código, con relación al artículo 18 (reproducido con el número 17 en el Código mismo), se expresa así: "La disposición transcripta tiene por objeto proteger a la clase desvalida e ignorante, extendiendo a todos los contratos en que interviene, la rescisión por lesión enormísima que el actual Código Civil sólo concede cuando se trata del contrato de compraventa... Se dio a la clase desvalida e ignorante una protección efectiva, modificándose las disposiciones inspiradas en los clásicos prejuicios de la igualdad ante la Ley y de que la voluntad de las partes es la suprema Ley de los contratos. Se comprendió que los hombres tan desigualmente dotados por la naturaleza y tan diferentemente tratados por la sociedad, en atención a su riqueza, cultura, etc., no pueden ser regidos invariablemente



por la misma Ley y que la sociedad debe ir en auxilio del ignorante y del miserable cuando es vilmente explotado... En realidad, este artículo no hace más que extender a todos los contratos la rescisión por lesión enormísima que el Código vigente concede, en su artículo 1658, para la compraventa. No hay razón para que se rescinda la compraventa, cuando es leonina y se consideran inatacables los otros contratos, aunque en ellos intervenga la misma inicua explotación. Esta reforma no se inspiró, como alguno ha pretendido, en el Código Ruso, sino en el Código Suizo de las Obligaciones, artículo 21, y en el Código Civil Alemán, artículo 138. La Comisión procuró suavizar los efectos de esta disposición, limitando el ejercicio de la acción a un plazo corto, con el objeto de mantener la estabilidad que es indispensable en las transacciones económicas" [García Téllez, *Motivos*, etc., págs. 53 y 58].

385. *Comentarios aplicables.* Supuesto que el artículo 17 de nuestro Código de 1928, está inspirado en los artículos 21 del Código Suizo de las Obligaciones y 138 del Código Civil Alemán, le serán aplicables los comentarios relativos a estos preceptos que hemos dado a conocer en los números 376 a 381 de este libro.

386. *La nulidad.* Según nuestro Código Civil vigente, la lesión produce la nulidad relativa del acto [art. 2228]. Por lo mismo, la acción de nulidad es prescriptible, pues sólo dura un año [art. 17]; no puede invocarse la lesión sino por el que se ha perjudicado por ella [art. 2230]. El artículo 17, en su texto original, decía, como hemos visto, que el perjudicado tenía derecho a pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación; aquí la palabra rescisión estaba tomada como sinónimo de nulidad, de acuerdo con el artículo 2228 citado y con los comentarios de Saleilles y de Tuhr.

Con mayor claridad, la reforma de 1983 señala que el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, substituyendo el término rescisión por el de nulidad. Faculta además el texto nuevo, de manera expresa, para exigir el pago de los correspondientes daños y perjuicios.

387. *El fraude.* El Código Penal vigente de 13 de agosto de 1931, considera la lesión en los contratos como delito de fraude [art. 386] y castiga con prisión y multa. "Al que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de ésta ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulen réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado." [art. 387. VIII].

388. *Renuncia al derecho de hacer valer la nulidad.* Como hemos visto, la lesión es de naturaleza no sólo inmoral, sino delictuosa, en nuestro Dere-

cho vigente, así es que la sanción de nulidad que el Código de 1928 establece, tratando de impedir la explotación del débil, está inspirada en el interés público, el derecho de invocar esa nulidad afecta directamente al interés público y, por lo mismo, no es renunciable según el artículo 6 del propio Código de 1928.

### CAPÍTULO CUARTO

### *Desconocimiento de efectos*

389. *La cuarta categoría.* Está formada por las legislaciones que no reconocen a la lesión ningún efecto jurídico, como son los Códigos Civiles Portugués, del Brasil y de la República Argentina. Así lo hace observar Demontès en su obra repetida [páginas 45-49] y cita estas palabras del jurisconsulto brasileño Clovis Bevilaqua: "Es inútil y ocioso recurrir a la lesión cuando hay error, dolo o fraude, y a falta de estos vicios del consentimiento, la acción es injustificable."

390. *El Código de Comercio.* A esta cuarta categoría pertenece nuestro Código de Comercio, que en su artículo 385, dice: "Las ventas mercantiles no se rescindirán por causa de lesión", suprimiendo así el único caso en que la Ley (el Código Civil de 1884) concedía a la lesión influencia en el contrato.

391. *Benito.* El artículo 385 de nuestro Código de Comercio, tiene por origen el artículo 344 del Código de Comercio Español. Comentando este precepto, dice Lorenzo Benito, en su *Manual de Derecho Mercantil* [tomo II, número 1282], que al remedio de la lesión lo "rechazó constantemente la legislación mercantil, por la razón evidente de que, si en la vida civil podían en tiempos pasados la equidad y la justicia reaccionar en esta forma, sin gran peligro, contra el abuso de la mala fe, en el comercio era el remedio peor que la enfermedad, pues el peligro de la insubsistencia del contrato había de paralizar las energías comerciales, dificultando su existencia. Por eso, la rescisión por lesión no es admisible en lo mercantil..."

## TÍTULO OCTAVO

## LA CAPACIDAD Y LA INCAPACIDAD

392. *Tabla A*

C. a. 1279. I.—G. 985.—C. P. 643.—C. N. 1108.—C. v. 1795 I.
" " 1282.—C. P. 644.—G. 986.—C. N. 1123.—C. v. 1798.
" " 1675.—G. 1186.—C. v. 2230.
" " 1677.—G. 1187.—C. N. 1338.—C. v. 2233.
" " 1678.—G. 1187.—C. N. 1338.—C. v. 2234.
" " 2840.—G. 1380.—C. N. 1515.—C. v. 2275 (actualmente derogado) y 176.
*Ley sobre Relaciones Familiares.* 48.

393. *Tabla B*

C. v. 1795. I.—P. F. I. 11.—C. N. 1108.—C. v. 1279.
" " 1798.—C. v. 1282.
" " 1799.—C. B. 83.
" " 2230.—C. a. 1675.
" " 2233.—C. a. 1677.
" " 2234.—C. a. 1678.
" " 2235.—C. Arg. 1065.
" " 2236.—C. a. 1666.
" " 2275 (derogado).—C. a. 2840.—*Ley sobre Relaciones Familiares.* 48.

394. BIBLIOGRAFIA. GARCÍA GOYENA, *Comentarios a los artículos que se citan en el número 392;* PLANIOL, t. II, núms. 1077-1102 y núms. 1293-1301; PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, *Traité Pratique de Droit Civil Français,* t. I, números 247-298; CAPITANT, *Introduction a l'étude de Droit Civil,* 4e. éd., números 134-145; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XII, núms. 227-242 y tomo XIV, núms. 2013-2023; SALVAT, *Tratado de Derecho Civil Argentino,* Parte General, núms. 2690-2695; CLARISE, *De la representation. Son rôle dans la creation des obligations.*

## CAPÍTULO PRIMERO

### *Generalidades*

395. *Capacidad*. La capacidad jurídica es la aptitud para ser sujeto de derechos y hacerlos valer. Hay, pues, dos especies de capacidad o más bien dos grados en la capacidad: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio [Capitant, *Introduction*. núm. 134].

396. *Incapacidad*. La palabra incapacidad designa algunas veces a personas privadas de ciertos derechos [Planiol, Ripert, et Savatier, tomo I, núm. 247]. La misma expresión de incapacidad ordinariamente se aplica a personas que poseen todos sus derechos, pero que no tienen el libre ejercicio de ellos, por ejemplo, los menores y los demás sujetos a interdicción. Así, pues, hay incapacidad de goce e incapacidad de ejercicio.

397. *Incapacidad de goce*. Como ejemplo de esta especie de incapacidad citaremos el caso de los extranjeros que no tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, ni para obtener concesiones de explotación de minas, aguas o combustibles minerales, en la República Mexicana. El Estado, sin embargo, puede concederles ese derecho, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de su gobierno por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. En una faja de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras y de 50 de las playas, por ningún motivo pueden los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas [*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, artículo 27, fracción I].

398. *Incapacidad de ejercicio*. La capacidad es la regla y la incapacidad la excepción [Capitant, *op. cit.*, núm. 136]. Nuestros Códigos Civiles declaran expresamente que son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la Ley [art. 1282 del Código de 1884 y art. 1798 del Código de 1928].

Hay incapacidades generales, más o menos extensas, incapacidades especiales, relativas solamente a ciertos contratos.

Tiene incapacidad general de contratar; los menores de edad, los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos, los sordo-mudos que no saben leer ni escribir [art. 404 del Código de 1884]. Además, los ebrios consuetudinarios [art. 299 de la Ley sobre Relaciones Familiares] y los que hacen uso inmoderado de drogas enervantes [fracción V ya derogada del art. 450 del Código Civil de 1928]. Todos estos mayores de edad están considerados en la nueva fracción II del art. 450 del Código de 1928, como quines por causa de enfermedad reversible o irreversible o porque su discapacidad sea física, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad.



Caso de incapacidad especial: el del marido y la mujer según el Código de 1884, la mujer necesitaba autorización judicial para contratar con su marido, excepto cuando el contrato que celebra fuera el de mandato [art. 201, frac. II] y no podían los consortes celebrar entre sí el contrato de compraventa a no ser que estuvieran separados legalmente en cuanto a los bienes [art. 2840]. Según la Ley de Relaciones Familiares, el marido y la mujer no podrían contratar entre sí para transmitirse o adquirir bienes raíces, derechos reales o de cualquier otra clase [art. 48]. Los arts. 174 y 175 del Código de 1928, ya derogados, establecían lo siguiente: Artículo 174. Los Cónyuges requieren autorización judicial para contratar entre ellos, excepto cuando el contrato sea de mandato para pleitos y cobranzas o para actos de administración. Artículo 175. También se requiere autorización judicial para que el cónyuge sea fiador de su consorte o se obligue solidariamente con él, en asuntos que sean de interés exclusivo de éste, salvo cuando se trate de otorgar caución para que el otro obtenga su libertad. La autorización, en los casos a que se refieren éste y los dos artículos anteriores, no se concederá cuando resulten perjudicados los intereses de familia o de uno de los cónyuges. Por su parte, el art. 176 de dicho código es como sigue: El contrato de compra-venta sólo puede celebrarse entre los cónyuges cuando el matrimonio esté sujeto a régimen de separación de bienes.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### *La nulidad*

399. *El principio*. Ya hemos visto que el Código de 1884, en su artículo 1279, fracción I, considera la capacidad de los contrayentes como una de las condiciones para que el contrato sea válido. También hemos visto que el Código de 1928, en su artículo 1795, fracción I, dice que el contrato puede ser invalidado por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; lo cual significa que la incapacidad de los contratantes hace que el contrato no sea válido o en otros términos que sea nulo.

400. *Naturaleza de la nulidad*. Esta nulidad sólo puede alegarse por el incapaz [art. 317 de la Ley de Relaciones Familiares y artículo 2230 del Código de 1928]; el contrato puede ser confirmado cuando cese la incapacidad [art. 1677 del Código de 1884 y artículo 2233 del Código de 1928]; su cumplimiento voluntario por medio del pago, novación o cualquier otro modo, se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad [art. 1678 del Código de 1884 y artículo 2234 del Código de 1928]; la acción de nulidad es prescriptible [art. 318 de la Ley sobre Relaciones Familiares y art. 2236 del Código de 1928]. Por consiguiente, es relativa la nulidad del contrato celebrado por un incapaz. El artículo 2228 del Código vigente

textualmente dice que la incapacidad de cualquiera de los autores del acto produce la nulidad relativa del mismo.

401. *Persona que puede invocar la nulidad.* Antes del Código de 1928, había en vigor dos preceptos legales contradictorios: según el artículo 317 de la Ley de Relaciones Familiares, la nulidad sólo podía ser alegada por el incapacitado mismo, o en su nombre por sus legítimos representantes, pero no por las personas con quienes contrató, y según el artículo 1675 del Código de 1884, la nulidad del contrato podía también alegarse por el contratante capaz si probaba que al tiempo de contratar ignoraba la incapacidad. El conflicto que nace de estos dos artículos debe decidirse a favor del primero, ya que la Ley sobre Relaciones Familiares es de fecha posterior al Código de 1884. En el Código de 1928 [art. 2230 y art. 1799, primera parte], se establece como principio que la nulidad por causa de incapacidad sólo puede invocarse por el incapaz y, como excepción, se permite que la nulidad sea invocada por la parte capaz cuando sea indivisible el objeto del derecho o de la obligación común [art. 1799, segunda parte].

402. *Efecto retroactivo de la confirmación.* El artículo 2235 del Código de 1928, dice: "Artículo 2235. La confirmación se retrotrae al día en que se verificó el acto nulo; pero ese efecto retroactivo no perjudicará a los derechos de tercero." Este artículo tiene por origen el 1065 del Código Argentino, cuyo texto y comentario de su autor son como sigue: "Artículo 1065. La confirmación tiene efecto retroactivo al día en que tuvo lugar el acto entre vivos, o al día del fallecimiento del disponente en los actos de última voluntad. Este efecto retroactivo no perjudicará los derechos de terceros. [Código Francés, artículo 1338 al fin de Luisiana, 2252-Sardo, 1451-Marcadé, sobre el artículo 1338, número 5-Toullier, tomo 8, números 513 y 514-Duranton, tomo 13, números 287 a 289-Aubry y Rau, párrafo 337 al final.] Así, por ejemplo, dicen Aubry y Rau, cuando una persona ha confirmado en la mayor edad la venta de un inmueble hecha en la minoridad, esta confirmación no tiene efecto respecto de un segundo adquirente al cual el que era menor hubiese traspasado la propiedad del inmueble siendo mayor y antes de la confirmación de la primera venta. Marcadé, en el número 5 citado, pone el mismo ejemplo, pero agrega: Otra cosa sería respecto de los terceros que no hubiesen adquirido sino simples créditos contra el menor después de llegar a la mayor edad, pues que esos créditos no le privaban del derecho de disponer de sus bienes. Desde que el menor, ya mayor, puede privar a sus acreedores de la garantía del inmueble, por una venta que hiciera, no hay razón para que no pueda hacerlo por una confirmación de la primitiva venta. Los acreedores personales tendrían derecho para hacer revocar la confirmación, si hubiese sido hecha en fraude de sus derechos, estando insolvente el deudor."

## TÍTULO NOVENO

## LA REPRESENTACION

403. *Tabla A*

C. a. 1283.—C. P. 645.—C. v. 1800.
" " 1284.—G. P. 980.—C. v. 1801.
" " 1285.—C. P. 646.—G. 980.—C. v. 1802.

404. *Tabla B*

C. v. 1800.—C. a. 1283.
" " 1801.—C. a. 1284.
" " 1802.—C. a. 1285.—P. F. I. 36.

405. BIBLIOGRAFIA. MADRAY, *De la Représentation en Droit Privé;* POPESCO-RAMNICEANO, *De la Représentation dans les actes juridiques en Droit comparé;* CUNHA GONÇALVES, t. IV, núms. 491-497; DEMOGUE, t. I, números 89-155 *ter;* PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, t. VI, núms. 54-74; PLANIOL, t. I, núms. 298-300; COLIN et CAPITANT, t. I, núms. 75-77; CAPITANT, *Introduction a l'étude du Droit Civil,* núms. 316-321; BONNECASE, *Précis,* t. I, núms. 306-309; DUGUIT, *Droit Constitutionnel,* t. I, párrafo 39, págs. 339-341; VIFOREANU, *Contribution a L'Etude du Contrat dans le Projet Franco-Italien et en Droit Comparé,* núms. 132-147; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Derecho Civil,* Parte general, vol. II, párrafos 166-175, págs. 231-289; HUPKA, *La representación voluntaria en los negocios jurídicos; Code Civil Allemand traduit et annoté,* tomo I, págs. 201-242, comentario de Saleilles a los artículos 164 a 181; ROSSEL, t. I, núms. 85-100; SCHNEIDER et FICK, t. I, págs. 81-93; TUHR, t. I, párrafos 41-45, págs. 282-323; RUGGIERO, t. I, párrafo 28, págs. 272-278; BRUGI, párrafo 19, pág. 185; BARASSI, párrafo 41, pág. 176; COVIELLO, párrafos 125-128, págs. 397-406; PACCHIONI, *Dei Contratti in Generale,* páginas 277-316; VIVANTE, t. I, párrafo 26, núms. 251 y sigs.; CLARISE, *De la Representation.*

CAPÍTULO PRIMERO

*La doctrina*

## SECCION 1ª NOCION Y UTILIDAD DE LA REPRESENTACION. SUS ESPECIES

406. *Noción.* Hay representación cuando una persona celebra a nombre y por cuenta de otra un contrato (o en general un acto jurídico), de manera que sus efectos se producen directa e inmediatamente en la persona y en el patrimonio del representado, como si él mismo hubiera celebrado el contrato (o ejecutado del acto): se produce una relación obligatoria directa entre el representado y un tercero [Colin et Capitant, t. I, núm. 75; Capitant, *Introduction*, núms. 316 y 318; Planiol, Ripert et Esmein, t. VI, núm. 54; Cunha Goncalves, t. IV, núm. 492].

407. *Su utilidad.* "La institución de la representación desempeña un papel considerable en las relaciones jurídicas. Desde luego, hay incapaces que no pueden ejercitar por sí mismos sus derechos, porque les falta el discernimiento necesario. La Ley les nombra entonces un representante que obre por su cuenta. El incapaz llega a ser propietario, acreedor, deudor, como si él mismo hubiese contratado. Por otra parte, la representación facilita la formación de las relaciones jurídicas entre personas capaces, permitiéndoles ejecutar actos sin aparecer ellos mismos. Suprime las imposibilidades materiales u otras (alejamiento, inexperiencia, multiplicidad de ocupaciones, etc.), que a menudo pondrían obstáculo a la celebración de una operación. Su utilidad se manifiesta principalmente en la esfera del patrimonio" [Colin et Capitant, t. I, núm. 75; Capitant, *Introduction*, número 316].

408. *Representación legal y voluntaria.* Para que un contrato pueda celebrarse válidamente por un representante, es necesario que éste tenga poder de obrar en nombre del representado. Este poder se confiere por la Ley a los representantes de los incapaces, como son los padres de los menores y los tutores de éstos y de otros incapacitados, o por voluntad del mandante, al mandatario.

## SECCION 2ª CONSTRUCCIONES JURIDICAS DE LA REPRESENTACION

### I. Teoría negativa de Duguit

409. *Breve indicación.* Según este autor la representación debe rechazarse porque no es sino un producto del espíritu que no contiene nada de



real: es la consecuencia, según él, de un análisis inexacto del papel de la voluntad en la formación del acto jurídico *[Traité de Droit Constitutionnel*, t. I, págs. 338-341]. Esta teoría ha sido combatido por Madray *[op. cit.*, pág. 104], porque la representación tiene una existencia real.

### II. Teoría de la ficción

410. *Las ficciones en Derecho.* La cuestión de si las ficciones son admisibles en Derecho ha sido y es controvertida. Geny, en el tomo III de su libro *"Science et Technique en Droit Privé Positif"*, cita a varios autores que se han pronunciado ya en pro ya en contra [núm. 244]. Renard, se declara defensor de las ficciones en Derecho *[Le droit, la logique et le bon sens, huitième conférence*, págs. 259-293] y Bonnecase critica vigorosamente la persistencia de las ficciones *[Supplément*, t. IV, núms. 77-90]. Geny adopta una posición intermedia, diciendo que hay que conservar la ficción evitando las exageraciones y los abusos *[op. cit.*, t. III, pág. 245].

411. *Geny.* Refiriéndose a la representación se expresa así: "Según la concepción, que nos sugiere una vista ingenua de las cosas, cada uno no está ligado, en la vida jurídica, sino por los actos que ejecuta personalmente... Ha parecido que convenía reconocer directamente, mediante ciertas condiciones voluntarias o legales, la facultad de hacer nacer, en la persona de un tercero, los derechos creados por la voluntad de un contratante, que se convierte así en extraño a sus propios actos. Bastaría, se dirá, para llegar a ese resultado con invertir el principio inicial. ¿Quién no ve, sin embargo, que eso es precisamente deformar la realidad, y que si se pretendiera hacerlo brutalmente y por vía de autoridad se arriesgaría destruir la noción de individualidad que sigue siendo un fundamento necesario de toda nuestra concepción del derecho? No se puede escapar a la dificultad, sino aceptando aquí la ficción de la representación por otro, de la cual se apartarán los excesos, sometiéndola a las circunstancias y condiciones necesarias *[op. cit.*, t. III, núm. 246, pág. 402].

412. *Otros autores.* La teoría de la ficción es la tradicional en Francia, viene de Pothier, ha sido enseñada por Labbé, Laurent, Planiol y otros autores de renombre, lo cual, como dice Madray *[op. cit.*, pág. 106], le permite, si no desarrollarse, al menos no morir.

413. *Pothier.* "Es el mandante, dice, el que se considera que contrata por su ministerio (del mandatario) y quien se obliga hacia las personas con las cuales su mandatario ha contratado en esta calidad. El mandatario, en este caso, no contrae ninguna obligación para con las personas con las que contrata en esta calidad, porque no es él quien se reputa que contrata; no hace sino interponer su ministerio, por el cual se considera que el mandante contrata" *[Traité du Contrat de Mandat*, núm. 87].

414. *Labbé.* "En nuestros días, el mandatario representa al mandante en los actos que ha recibido el poder de ejecutar; el tutor representa al pupilo en todos los actos de la vida civil. El mandante, el menor, son vistos como habiendo estado presentes, partes en los actos hechos en su nombre y en su interés. El mandatario, el tutor, han sostenido la personalidad de otro; su personalidad propia es extraña a los actos que han ejecutado" [Ortolan, t. III, pág. 866].

415. *Laurent.* Dice que cuando el mandatario "contrata en nombre del mandante, éste es considerado contratante y contrata realmente por el órgano del mandatario; es él quien estipula o quien promete. De donde resulta que está directamente obligado por lo que hace el mandatario: el hecho del mandatario es el hecho del mandante" [tomo XXVIII, núm. 51].

416. *Planiol.* Tratando del papel del tutor, dice: "Para la administración de los bienes, el tutor representa al pupilo. Su función consiste, pues, en ejecutar, en nombre y en interés de su pupilo, todos los actos jurídicos que fueren necesarios. Ya se sabe lo que es la representación en los actos jurídicos, ficción que reputa hechos por el representado, en la especie el pupilo, los actos ejecutados por el representante, en la especie el tutor" [t. I, núm. 1848]. El mismo autor refiriéndose al mandato entre esposos, dice: "Es siempre aquel de los dos que da mandato al otro el que se reputa ejecutar el acto que es objeto del mandato, gracias a la ficción de la representación en los actos jurídicos" [t. II, núm. 2240 *bis*].

417. *Windscheid.* Declara que "La relación es más precisamente de concebirse así, que la declaración de voluntad del representante produce aquellos efectos jurídicos que se verificarían si una declaración de voluntad de la misma especie fuese emitida por el representado. Por otra parte, lo que de hecho existe, y de lo cual el derecho hace proceder efectos, es siempre una declaración de voluntad del representante. Por lo mismo, para el representado no llega a perfeccionarse un acto jurídico, si el representante no ha querido lo que ha declarado querer" [t. I, párrafo 73, págs. 223-226]. "El administrador de un patrimonio de otro da un mutuo a nombre del principal. Un tutor vende a nombre del pupilo. El administrador y el tutor no declaran la voluntad de aquellos por los cuales obran, sino su propia voluntad; pero quieren que su declaración de voluntad tenga que ser jurídicamente considerada como declaración de voluntad del representado" [t. II, párrafo 313, nota 1, pág. 214].

418. *Cunha Gonçalves.* Aunque critica la teoría de la ficción, en realidad, se coloca dentro de ella, cuando expone la teoría que adopta. Comentando el artículo 645 del Código Portugués, presenta su punto de vista en los términos siguientes: "A mi modo de ver, en la representación, no hay que atender a las voluntades físicas sino únicamente a las voluntades jurídicas. Estas son las voluntades que el artículo 641 (que es el que contiene la definición de contrato) designa por personas como ya antes lo



demostré. Ahora bien, tanto en la representación legal, cuanto en la convencional, hay en el lado respectivo del convenio una sola voluntad jurídica, y es la del representado. Bajo este aspecto tenía razón el sabio Pothier. El representante es, apenas, el instrumento legal de esa voluntad; y, por eso, no hay que atribuir a ficción el hecho de que su acto aproveche directamente al representado. El representante, ya sea convencional, ya sea legal, deliberando por sí o ejecutando instrucciones, expresa, siempre por su boca, una voluntad jurídica ajena; y el otro contratante, vinculando a ésta su voluntad, manifiestamente no contrata con el representante, sino con el representado. Pero esa voluntad jurídica del representado siendo, en gran parte, un fenómeno psíquico del representante, queda explicado que los vicios de consentimiento del representante produzcan efecto como si fuesen idénticos vicios de la voluntad del representado" [t. IV, núm. 493]. Y agrega: "El efecto esencial de la representación es que el contrato celebrado por el representante se reputa estipulado directamente por el representado..." [t. IV, núm. 495, pág. 199].

419. *Crítica.* La teoría de la ficción es actualmente muy criticada. Acerca de ella dice Demogue que cuadra mal con el caso de representación legal o judicial en la que el representado carece de voluntad eficaz [t. I, núm. 147, pág. 240].

### III. Teoría del nuncio

420. *Su exposición y crítica.* "Según Savigny, promotor de esta teoría, el representante no es sino un simple mensajero, un nuncio, quien lleva la palabra del representado. Es éste quien contrata en realidad y no el representante, el que no declara su propia voluntad sino la voluntad de otro... Decir de un representante que es otra cosa que un mensajero, es decir, simplemente que un representante no lo es. Y ¿no es por una verdadera ficción por lo que se ha podido decir que el representante no hace sino trasmitir la voluntad del representado, cuando este último es un incapaz, un loco, una persona incierta o futura? Esta teoría, que ninguna persona defiende hoy, es impotente para explicar todos los casos de representación, ella conduce, por otra parte, a consecuencias injustas: no explica la representación legal, la representación de protección; conduce a no tener en cuenta para las condiciones de capacidad y para los vicios del consentimiento, sino la persona del representado" [Popesco-Ramniceano, *op. cit.*, páginas 17-18].

### IV. Teoría de la cooperación

421. *Su exposición y crítica.* Esta teoría es la de Mitteis [Popesco-Ramniceano, pág. 19]. "Según Mitteis, hay que admitir que el represen-

tante no contrata solo, y que el representado no contrata de manera exclusiva, sino que ambos contratan jurídicamente y los dos producen el acto jurídico. No hay que hacer caso de la voluntad del representante, sino en la medida en que la ha manifestado psicológicamente, hay que tomar en consideración, por consiguiente, las instrucciones que ha recibido del representado. En la medida de estas instrucciones, es este último el que quiere; en cuanto a lo demás, es el representante" [Demogue, t. I, núm. 149, pág. 241]. Según la misma teoría, pues, "tanto el representado como el representante cooperan a la formación del negocio, y se debe determinar su validez y su contenido según las dos voluntades del representante y del representado, en la parte en la que cada una efectivamente influye en la formación del negocio. Según esta doctrina, en el mandato general se deberá atender esencialmente a la voluntad del representante, en el mandato específico se deberá esencialmente tener en cuenta la voluntad del representado, y en el mandato en el que se encuentran determinados sólo algunos elementos, se deberá atender simultáneamente a las dos voluntades, a cada una en la parte concreta de las determinaciones contractuales respectivas" [Vivante, t. I, núm. 250, pág. 265, nota 6].

Popesco-Ramniceano critica la teoría de Mitteis porque produce complicaciones sin número y con ellas se llega a tantas distinciones y subdistinciones que no hacen sino hacer obtuso el problema [pág. 20].

### V. Teoría de la sustitución real de la personalidad del representado por la del representante

422. *Pilon.* A esta teoría pertenece la doctrina de Pilon, cuando hace notar que: "La representación se analiza en la substitución real y completa de la personalidad jurídica del representante a la del representado; en otros términos, es la voluntad del representante, substituyéndose a la del representado, la que participa directa y realmente en la formación del contrato que producirá sus efectos en el patrimonio del representado" [Popesco-Ramniceano, págs. 22-23 y 205, y Madray, pág. 111].

423. *Colin y Capitant.* Después de criticar la teoría de la ficción, dicen: "Más vale reconocer simplemente que en el estado actual del Derecho un acto jurídico puede producir sus efectos en una persona distinta de aquella que lo ha ejecutado. Así, el acto hecho por un representante presenta un doble aspecto. Por una parte, el representante es el que hace el acto; por la otra, los efectos de este acto se producen en el representado" [t. I, núm. 77]. [En los mismo términos se expresa Capitant, en su *Introducción a l'Etude du Droit Civil*, núm. 319.]

424. *Planiol, Ripert y Esmein.* Opinan que "El representante en lugar de ponerse la personalidad del representado, le substituye la suya y manifiesta una voluntad propia para la celebración del contrato" [tomo VI, número 55].



425. *Lévy-Ullmann.* Para este profesor "La representación es la modalidad en virtud de la cual los efectos de un acto ejecutado por una persona (llamada el representante) por cuenta de otra (llamada el representado), se producen directa e inmediatamente en la persona del representado... El efecto normal de todo acto jurídico es no ligar sino a las partes contratantes. La modalidad representación tiene precisamente por fin modificar ese efecto: las consecuencias del acto se producirán en la persona de un tercero, el representado... Es necesario, sin vacilar, adoptar este sistema defendido por la primera vez por M. Lévy-Ullmann", dice Popesco-Ramniceano [páginas 216-219].

426. *Jhering.* Ha enseñado que "En el fondo, el principio de la representación no es otra cosa que la separación de la causa y del efecto del acto; la causa: la acción concierne a la persona del representante; el efecto: el derecho, concierne al representado" *[L'Esprit du Droit Romain,* t. IV, párrafo 63, pág. 172].

427. *Enneccerus y Nipperdey.* Refiriéndose a la representación, exponen: "En la voluntad (declarada expresa o tácitamente) de la persona que actúa y en la ley que reconoce esta voluntad, se basa el que los efectos del negocio afecten al representado. Así pues, para explicar este efecto... el negocio es concluido únicamente por el representante, pero el efecto se produce en el representado." Y, en nota, agregan que esta opinión es también la dominante en el derecho común. *[Parte general,* vol. II, párrafo 169, página 252.]

428. *Madray.* Basándose en la definición del acto jurídico por Bonnecase, la cual hemos dado a conocer en el número 37 de este libro, explica así la representación en cuanto a sus efectos: "El representante manifiesta la voluntad de celebrar un acto cuyas consecuencias se producirán únicamente en otra persona; el tercero acepta. Una regla de derecho entra en movimiento porque sus condiciones de aplicación se han cumplido por las partes; tiene por resultado engendrar efectos de derecho en contra o en provecho de varias personas, que son, en la especie el representado y el tercero" [página 161].

429. *Bonnecase.* Acepta el punto de vista de Madray. Hace observar, además, que la Ley no ha organizado la representación de una manera abstracta y rígida, sino que ha previsto tipos de representantes y en ocasión, de cada uno de ellos, ha edificado reglas susceptibles de alcanzar el fin perseguido por ella. *[Précis,* t. I, núm. 308.]

## VI. Conclusión

430. *Apreciación.* La teoría de la sustitución real de la personalidad del representado por la del representante, es a mi juicio la mejor desde el punto de vista doctrinal.

Sin embargo, teniendo en cuenta que los artículos de nuestros Códigos de 1884 y de 1928 en materia de representación proceden del Código de 1870, época en la que entre nosotros la teoría conocida era la de la ficción, que ésta es la tradicional en México, como en Francia, creemos que con el criterio de esa teoría es como debemos interpretar nuestros preceptos legales en materia de representación, aceptando esa teoría, como la acepta Geny.

431. *Consecuencias del análisis de la representación.* Como la manifestación de voluntad emana del representante, es preciso que sea capaz de querer; pero esta capacidad le basta, y no es necesario que sea capaz de obligarse, pues que el acto no produce ninguna consecuencia jurídica en cuanto a su patrimonio. Si la manifestación de voluntad del representante está afectada de nulidad, el representado podrá pedir la anulación del contrato. Como los efectos de éste se producen en la persona del representado, éste es quien debe tener las condiciones de capacidad requeridas para la validez de la operación. Por ejemplo, si el representado ha dado mandato para enajenar o hipotecar un inmueble, es preciso que él tenga la capacidad requerida por la Ley para efectuar esos actos [Colin et Capitant, t. I, número 77; Cunha Gonçalves, t. IV, núms. 493 y 495].

### Capítulo segundo

### *Nuestros códigos*

432. *Los textos.* El Código de 1884, en el capítulo denominado "De la capacidad de los contrayentes", contiene el artículo número 1282, que trata de la capacidad y los artículos números 1283, 1284 y 1285 que se ocupan de la representación. Estos tres últimos han sido reproducidos con los números 1800, 1801 y 1802 por el Código de 1928, bajo el rubro de "Representación".

Los artículos 1283 del Código de 1884 y 1800 del Código de 1928, establecen esta regla: "El que es hábil para contratar, puede hacerlo por sí o por medio de otro, legalmente autorizado." Estos términos cuadran muy bien con la teoría de la ficción.

Los artículos 1284 del Código de 1884 y 1801 del Código de 1928, establecen el requisito de poder en el representante, y reconocen la distinción entre la representación legal y la voluntaria, diciendo que: "Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la Ley."



Los artículos 1285 del Código de 1884 y 1802 del Código de 1928, establecen que "Los contratos celebrados a nombre de otro por quien no sea su legítimo representante, serán nulos, a no ser que la persona a cuyo nombre fueron celebrados los ratifique antes de que se retracten por la otra parte. La ratificación debe ser hecha con las mismas formalidades que para el contrato exige la ley", y el artículo 1802 del Código de 1928, inspirándose en el artículo 36 del Proyecto Franco-Italiano, agrega: "Si no se obtiene la ratificación, el otro contratante tendrá derecho de exigir daños y perjuicios a quien indebidamente contrató."

### Capítulo tercero

### *Contrato a nombre de otro sin ser su representante*

433. *Inexistencia.* Cuando una persona celebra un contrato a nombre de otra sin ser su representante, a ese contrato le falta uno de sus elementos esenciales: el consentimiento del representado [Demogue, t. I, núm. 128]. No hay hasta entonces sino la oferta del otro contratante: no existe aún contrato por falta de consentimiento. [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XXIV, núm. 799]. Esta es pues la naturaleza de la nulidad a que se refieren los artículos citados en el número anterior.

434. *Ratificación.* Antes de que se retracte el tercero, el representado puede dar su consentimiento ratificando el contrato y entonces se realiza el concurso de voluntades [Baudry-Lacantinerie, tomo XXIV, núm. 799; Dias Ferreira, *Comentario a los artículos 646 y 641 del Código Portugués]*. La ratificación equivale a un mandato retroactivo, significa que el representado aprueba el contrato para que valga como si se hubiera celebrado por su verdadero representante [véase: Ulpiano, libro 12, párrafo 4 D; regla 10, título 34, partida 7; García Goyena, Comentario al art. 980; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIV, núm. 1985]. La ratificación, pues, de que tratan los artículos 1285 del Código de 1884 y 1802 del Código de 1928, es de naturaleza distinta a la ratificación o confirmación que hemos estudiado al tratar de la nulidad, especialmente de la relativa y a que se refieren los artículos 1677 y 1679 del Código de 1884 y 2231 y 2233 del Código de 1928, pues de esta ratificación, como sabemos, no son susceptibles los contratos inexistentes.

Cunha Goncalves, refiriéndose a la ratificación, hace los siguientes comentarios [t. IV, núm. 496, págs. 204-207]: "Ratificación propiamente dicha es, pues, la declaración unilateral de voluntad por la cual una persona, teniendo conocimiento de un acto hecho en su nombre y provecho, pero al cual era extraña, lo adopta como suyo o como hecho por su voluntad. Por eso, la ratificación equivale al mandato expreso, perfectamente ejecutado... La ratificación supone la capacidad para practicar el acto

ratificado; y si aquélla tuviese un plazo, basta que esta capacidad se verifique dentro del mismo plazo. La ratificación puede emanar, sin embargo, del propio representado o de sus herederos o representante legal... De igual modo los actos de un representante legal podrán ser ratificados por la autoridad que debería haberlos autorizado: consejo de familia o juez. Para que la ratificación pueda operar es indispensable que el consentimiento del tercero contratante subsista en el momento en que ella se realiza. [Baudry y Barde, t. I, núm. 141]. Y, mientras subsista, la ratificación puede realizarse en todo momento, lo mismo después de la muerte del agente, del representante o del representado, o después de su respectiva interdicción o quiebra, salvo si la cosa, que era objeto del contrato, hubiese perecido o hubiere sido enajenada por el tercero, o si el acto estuviere perjudicado por la prescripción, o fuere revocado por el tercero por acto exclusivo o de acuerdo con el representante o agente, cuando fuere preciso, o si entre éste y aquél se hubiere estipulado un plazo para la ratificación por el representado o *dominus negotti*, terminado el cual, el contrato quedará tácitamente rescindido, faltando la aprobación del representado. El artículo 646, expresamente dispone que la ratificación sólo es posible antes de que la otra parte se retracte [Sic: Aubry y Rau, IV, pág. 308; Laurent, XV, núm. 549; Baudry y Barde, I, núm. 141. Sic: *Cód. Civ. Español*, artículo 1259]... Por regla general, la ratificación debe ser pura y simple, y no condicional; sólo puede ser por la totalidad y no parcial, salvo el acuerdo con el otro contratante... Siendo un acto unilateral, la ratificación no tiene que ser aceptada por el tercero, o por el representante, ni llevada al conocimiento de éstos... Sin embargo, por un solo acto la ratificación produce dos efectos simultáneos: aprueba la gestión o el exceso del mandato y vincula al representado en relación con el tercero [Aubry y Rau, IV, párrafo 415; Guillouard, núm. 200; Baudry y Wahl, núm. 791; Demogue, I, núm. 125; Chironi y Abello, I, pág. 427; Ruggiero, I, pág. 248; Tartufari, pág. 352]. La ratificación obra retroactivamente a la fecha del acto aprobado, considerada equivalente al mandato expreso regularmente ejecutado. Del artículo 646°, se infiere que, una vez realizada la ratificación, el tercero contrayente ya no se puede retractar, porque queda existiendo un contrato entre él y el representado [Baudry y Barde, I, núm. 142; Laurent, *loc. cit.*]. Por lo tanto, desde esa fecha quedará trasmitida la propiedad al comprador ratificante... Para los efectos de la competencia del tribunal, el contrato se reputará celebrado en el lugar donde se realizó el acuerdo entre el tercero y el representante. El efecto retroactivo no se produce, sin embargo, con relación a los terceros, para los cuales el acto del representado sólo existe desde la fecha de la ratificación. Por eso, si antes de ésta el representado hubiese constituido derechos o cargos a favor de terceros sobre la cosa enajenada por el representante sin mandato, esos derechos o cargas subsistirán. No hay que vacilar entre la seguridad de los terceros y la de quien contrató con el representante o agente, sin cerciorarse antes de la extensión o existencia de sus poderes [Aubry y Rau, IV, párrafo 415; Baudry y Wahl, núm. 790; Planiol, Ripert y Esmein, VI, núm. 64; Larombiere, art. 1375, núm. 15, Demolombe, VIII, núm. 229; Demogue, I, núms. 126 y 127; Chironi, I, pág. 124]."



## CAPÍTULO CUARTO

### *El contrato consigo mismo*

435. BIBLIOGRAFIA. BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT, *Traité Théorique et pratique de Droit Civil*, 3e. éd., t. XIX, núm. 231 et sig.; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *op. cit.*, t. XXIV, núm. 618 y sigs.; PLANIOL, t. II, núm. 1429 y sig.; COLIN et CAPITANT, t. II, núm. 525; JOSSERAND, t. II, núm. 1030; PLANIOL, RIPERT, HAMEL et PERREAU, *Traité pratique de Droit Civil français*, t. X, número 52-58; HÉMARD, t. II, núm. 1850; LACOUR et BOUTERON, t. I, núm. 947; LYON-CAEN et RENAULT, *Traité*, t. III, núm. 457; THALLER, núm. 480; CUNHA GONÇALVES, t. IV, núm. 479; ENNECCERUS-NIPPERDEY, vol. II, págs. 245-252; GIORGI, t. III, núm. 282 cuadruplicado, págs. 294-295; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, t. VI, núms. 68-74; POPESCO-RAMNICEANO, *op. cit.*, págs. 281, 460 et 697; DEMOGUE, t. I, núms. 40-88; BONNECASE, *Précis*, t. II, núm. 266; MADRAY, *op. cit.*, págs. 205-207 et págs. 242-244; HUPKA, *op. cit.*, párrafo 16 a 19, págs. 246-313; SALEILLES, "Comentario al art. 181 del Código Civil Alemán" *(Code Civil Allemand, traduit et annoté*, t. I, págs. 239-242); VALLIMARESCO, "Des actes juridiques avec soi-même" *(Revue Trimestrielle de Droit Civil*, année 1926, t. XXV, págs. 973-1011); TRAVIESAS, "La representación y otras instituciones afines" *(Revista de Derecho Privado*, t. X, pág. 33).

436. *Noción preliminar.* Se dice que hay contrato consigo mismo cuando una persona celebra un contrato figurando en su propio nombre y en nombre de un tercero, a quien representa, o como representante de las dos personas [véase Demogue, t. I, núm. 40]. Por ejemplo, un tutor se da en arrendamiento un bien de su pupilo o el apoderado de dos personas celebra un contrato en el que a nombre de una de ellas vende cierta cosa a la otra y a nombre de ésta, la compra.

## SECCION 1ª EL PRINCIPIO

### I. ACTO UNILATERAL

437. *Demogue.* Este autor ve en el contrato consigo mismo un acto jurídico unilateral que produce los efectos de un contrato, cree que el contrato consigo mismo no concuerda con la noción clásica de contrato porque no hay concurso de voluntades, sino un solo querer: ve en él un acto jurídico unilateral, cuya validez admite por su utilidad social [t. I, núm. 42, págs. 109-110].

438. *Popesco-Ramniceano.* Considera que el contrato consigo mismo es un acto unilateral creador de obligaciones que tendrá los efectos de un contrato *[op. cit.,* págs. 285-286].

## II. Contrato

439. *Arno.* Según Arno, citado por Demogue [t. I, núm. 41, página 108], en las obligaciones hay más bien que una relación entre personas, un vínculo entre dos patrimonios, así es que el contrato se caracteriza más bien por la relación que se establece entre dos patrimonios, que por la presencia de dos voluntades. Esta opinión ha sido defendida por Pilon, citado por Popesco-Ramniceano [pág. 284]. Pero, aparte de que concebir la obligación como relación entre dos patrimonios no es admisible [véase el núm. 17 de este libro], esa opinión confunde la obligación con el contrato [Demogue y Popesco-Ramniceano, en los lugares citados].

440. *Madray.* Opina que "El representante que contrata consigo mismo reúne, en realidad, dos personalidades jurídicas que no se confunden; la del representante... y la del titular de un patrimonio propio. En calidad de representante es portador de una oferta; como titular de un patrimonio puede aceptarla. La reunión de la oferta y de la aceptación forma el acto bilateral" [pág. 244]. Aunque antes ha dicho que no acepta "el punto de vista según el cual el representante tendría algunas veces el poder de representar a otros dos sujetos de derecho que intervienen en la relación de representación" [pág. 207].

441. *Giorgi.* Dice: "a nuestro parecer, el contrato del representante consigo mismo no choca con ninguna imposibilidad jurídica natural, porque el representante puede manifestar una voluntad suya y una voluntad del representado; de modo que concebir el acuerdo de estas dos voluntades, no es en manera alguna imposible" [t. III, núm. 282, pág. 294].

442. *Enneccerus-Nipperdey.* Dicen que "No se advierte por qué el representante, que emite una declaración en nombre de otro, no ha de poder a la vez recibirla en nombre de otro representado o en nombre propio, o emitir dos declaraciones de voluntad recíprocas, si el acto no se ejecuta de un modo oculto en su persona, sino en forma que pueda ser conocido por terceros, por ejemplo, ante un juez o notario" [t. II, pág. 245]. En la traducción de esta obra, los señores Pérez González y Alguer se pronuncian en el mismo sentido, expresándose así: "Entendemos, como dice el texto, que la esencia del negocio jurídico, del contrato y de la representación no se opone a la validez del auto-contrato. Es más, a nuestro entender, la posibilidad de esa figura fluye espontáneamente de la combinación de los principios que rigen el contrato con los que presiden la institución de la representación. En efecto, si la voluntad del representante vale como voluntad del representado y a la vez aquél conserva la propia personalidad y la



disposición de su propio patrimonio, puede muy bien simultanear la actuación en nombre propio con la que despliega en nombre ajeno" [pág. 249].

443. *Planiol, Ripert y Esmein.* Exponen su modo de ver en los términos siguientes: "En ausencia de una reglamentación de conjunto permisiva o prohibitiva en nuestro derecho francés, la cuestión de la validez del contrato consigo mismo, cuya importancia práctica se ha afirmado por numerosas sentencias, sobre todo desde hace treinta años, suscita dos órdenes de dificultades relativas: una a su posibilidad jurídica y la otra a su dominio de aplicación. La compatibilidad del contrato consigo mismo *(Selbscontrakt)* con la teoría de las obligaciones convencionales ha sido discutida en el extranjero. Se hace valer la ausencia de la condición esencial para la existencia de todo contrato, la de un acuerdo de voluntades entre tantas personas distintas como hay intereses por conciliar. Esta posibilidad no es, sin embargo, dudosa en nuestro Derecho... En cuanto a la explicación doctrinal de la institución, según nosotros, no hay que buscarla ni en la teoría que hace de la obligación una simple relación entre dos patrimonios, ni en la del acto unilateral con efecto contractual. La idea del contrato consigo mismo es una prolongación, extrema en verdad, pero lógica, de la idea de representación. En ésta la que deroga al principio de la personalidad de las obligaciones contractuales, substituyendo para su formación la voluntad del representante a la del representado. Se puede encontrar jurídicamente separados en el contrato consigo mismo, a pesar de su confusión, los dos elementos simples: oferta y aceptación, cuya reunión forma el acto bilateral" *[op. cit.,* t. VI, núm. 68, págs. 87-88].

444. *Cunha Gonçalves.* Este autor, comentando el artículo 641 del Código Portugués que contiene la definición de contrato, se ocupa del contrato consigo mismo en estos términos: "Exigiendo el artículo 641 el acuerdo entre dos personas por lo menos, ¿acaso será posible a un solo individuo contratar en nombre de dos personas o en su nombre personal y de otra persona que él mismo representa?... Es un problema largamente debatido... A mi modo de ver, en el artículo 641, el legislador no exige la presencia física de dos personas; ni esta presencia, en teoría, es un postulado de la celebración de los contratos. Es indispensable, solamente, el concurso de dos voluntades jurídicas y éstas pueden bien ser expresadas por una sola persona; y, salvo el caso de fraude, el acto será válido cuando el otorgante demuestre poseer las dos cualidades jurídicas que invoca" [t. IV, núm. 479, págs. 146-147].

445. *Conclusión.* De acuerdo con las opiniones precedentes hay que concluir que en el contrato consigo mismo se encuentran los caracteres propios del contrato. Además, esta conclusión es la que concuerda con el punto de vista que hemos adoptado sobre la naturaleza de la representación, en la segunda parte del párrafo número 430 de este libro.

## SECCION 2ª OPOSICION DE INTERESES

### I. CONTRATO ENTRE EL REPRESENTANTE Y EL REPRESENTADO

446. *Personas que ejercen la patria potestad.* Cuando las personas que ejercen la patria potestad pretendan celebrar un contrato con el hijo o descendiente de ellos, éste deberá ser representado en el contrato por un tutor nombrado por el juez para cada caso, si hubiere oposición de intereses entre los primeros y el segundo [arts. 387 del Código de 1884 y 440 del Código de 1928]. Así, pues, el padre no puede celebrar un contrato de compraventa con su hijo menor representándolo; pero sí puede representarlo en un contrato en el que le haga una donación pura y simple.

447. *Tutor.* Ni con licencia judicial, ni en almoneda o fuera de ella, puede el tutor comprar o arrendar los bienes del incapacitado, ni hacer contrato alguno respecto de ellos para sí para su cónyuge o para sus parientes que se mencionan respectivamente en los artículos 520 del Código de 1884 y 569 del Código de 1928, cesando la prohibición en los casos de los artículos 521 del primero de dichos Códigos y 570 del segundo.

448. *Otros representantes.* No pueden comprar los bienes de cuya venta o administración se hallan encargados: I. Los tutores y curadores; II. Los mandatarios; III. Los ejecutores testamentarios y los que fueren nombrados en caso de intestado; IV. Los interventores nombrados por el testador o por los herederos; V. Los representantes, administradores e interventores en caso de ausencia; VI. Los empleados públicos. Las compras hechas en contravención a lo dispuesto serán nulas, ya se hayan hecho directamente o por interpósita persona. Así se previene en los artículos 2845 y 2847 del Código de 1884 y 2280 y 2282 del Código de 1928. Estos artículos son análogos al 1381 del Proyecto de Código Español comentado por García Goyena y al 1596 del Código Napoleón, comentando el cual Baudry-Lacantinerie y Saignat, dicen: "Los administradores y los mandatarios que enumera el artículo 1596, son incapaces de comprar, porque, encargados de defender los derechos de aquellos a quienes representan y quienes están interesados en que sus bienes se vendan lo más caro posible, defenderían mal estos derechos si pudiesen comprar ellos mismos. Esta posibilidad les crearía un interés opuesto; interesados en comprar lo menos caro posible, tratarían quizá de eliminar a los compradores que podrían hacerles competencia; su interés, como lo ha dicho el tribuno Faure, estaría en pugna con su deber, y cediendo el deber, los intereses de aquellos a quienes representan podrían ser sacrificados" [t. XIX, núm. 231]. "Como sanción de las prohibiciones que dicta, el artículo 1596 pronuncia la nulidad de las ventas hechas con menosprecio de esas prohibiciones. Esta nulidad es relativa; no puede ser propuesta sino por aquellos en interés de los



cuales se ha establecido, es decir, por aquellos cuyos bienes se han vendido en contra de la prohibición de la Ley" [t. XIX, núm. 250]. "Sin duda, nada se opone a que el mandante que ha encargado a un mandatario vender sus bienes, consienta él mismo en la venta al mandatario... Pero el mandatario no puede comprar los bienes que está encargado de vender mientras el mandante mismo no interviene para relevarlo de la incapacidad" [t. XIX, número 241].

449. *Dominio de aplicación.* Planiol, Ripert y Esmein, exponen que: "El contrato celebrado por el representante consigo mismo o por cuenta de un tercero, puede ofrecer además de su extrema rapidez, serias ventajas para el representado. Pero lo expone también a riesgos de abusos por parte del representante. En el caso de conflicto de intereses ¿éste no sería tentado de sacrificar los de su mandante? Así, existen en Francia, a falta de un texto general, algunas disposiciones especiales que por esta razón prohiben en ciertos casos el contrato consigo mismo o bien subordinan su eficacia a ciertas precauciones o en fin prohiben a un representante habitual celebrar un contrato que sea juzgado demasiado peligroso para aquel a quien debe proteger, aun si éste está representado por otra persona. Pero se discute el alcance exacto de estas disposiciones. Una doctrina rigurosa, interpretándolas como aplicaciones de un principio general prohibitivo, limita el dominio del contrato consigo mismo sólo a los casos en que un texto lo permite. Una segunda opinión, mucho más generalmente compartida, se apoya sobre la conformidad del contrato consigo mismo con nuestro derecho de las obligaciones, para aplicar aquí el principio de la libertad contractual. El artículo 1596 del Código Civil y los textos prohibitivos análogos... no constituyen, según esta doctrina, sino disposiciones excepcionales, estrictamente limitadas a las personas, a los actos y a los bienes a los que se refieren... De estos dos sistemas contrarios, la jurisprudencia con justicia ha eliminado el primero: el interés personal del representante en un contrato no podría justificar la prohibición general de que se reúnan en una persona varias calidades. Pero, con la aprobación de una parte de la doctrina, no ha acogido el segundo sistema sino mediante una reserva muy importante: el artículo 1596 del Código Civil o los otros textos prohibitivos, deben aplicarse por analogía en todos los casos concretos en que los temores de abusos que los han inspirado parecen tener lugar... En principio el mandatario puede hacer por su cuenta con él mismo la operación jurídica de la que está encargado como representante: por ejemplo, un arrendamiento, un contrato de obra, un préstamo, etc... Por otra parte, en virtud del artículo 1596, párrafo 2, del Código Civil, los mandatarios no pueden directamente o por interpósita persona hacerse adjudicatarios de los bienes que están encargados de vender. La jurisprudencia no ha vacilado en aplicar esta disposición, por identidad de peligro, a los mandatarios judiciales encargados de vender, así como a los mandatarios convencionales o legales, a las ventas de bienes muebles corpóreos o incorpóreos o de cosas de

género, así como a las de los inmuebles individualizados, en fin, a las ventas y adquisiciones convencionales, así como a las adjudicaciones" [t. VI, números 69-71]. A mi juicio, en vista de los preceptos de nuestros Códigos, citados en los párrafos 446 a 448, siempre que haya verdadera oposición de intereses entre el representado y el representante, éste no puede celebrar un contrato a nombre propio y a nombre de su representado.

### II. Contrato entre dos representados

450. *La regla.* Cuando el representante de dos personas celebra un contrato a nombre de ambas, aunque tengan intereses opuestos, no hay razón para pensar que sacrifique los intereses de una en aras de los de la otra. [Véase Demogue, t. I, núm. 62, pág. 136.] En consecuencia, no pueden aplicarse a este caso los preceptos legales relativos a los contratos en los que el representante es contraparte de su representado y, por lo mismo, la regla es que el representante de dos personas puede celebrar válidamente un contrato a nombre de las dos.

451. *Las excepciones.* Hay, sin embargo, casos que deben considerarse excepcionales. El Código de 1928, en su artículo 457, previene que: "Cuando los intereses de alguno o algunos de los incapaces, sujetos a la misma tutela, fueren opuestos, el tutor lo pondrá en conocimiento del juez, quien nombrará un tutor especial que defienda los intereses de los incapaces, mientras se decide el punto de oposición." El artículo 299 del Código de Comercio, previene lo siguiente: "Ningún comisionista comprará ni para sí ni para otro lo que se le hubiere mandado vender, ni venderá lo que se le haya mandado comprar, sin consentimiento expreso del comitente."

# APENDICE A LOS TITULOS OCTAVO Y NOVENO

## EL ACTO DE ADMINISTRACION Y EL DE DISPOSICION

452. **BIBLIOGRAFIA.** Bonnecase, *Supplément*, t. III, núms. 317-687 y monografías que cita, especialmente la de Trasbot; Bonnecase, *Précis*, t. I, núms. 310-331; Laurent, t. II, núms. 175-189, t. IV, núms. 301-306, 311-316, tomo V, núms. 40-100, t. XXII, núms. 1-32, 38-59, 125-165, 286-324, t. XXVII, números 407, 419-431; Planiol, t. I, núms. 933-950, 1706, 1715 *bis*, 1851, 1855-1956, 2001-2004, 2095, 2096, 2125-2141, t. II, 2237; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, Cheneaux, Le Courtois et Surville, Wahl, *Traité théorique et pratique*, t. II, núms. 1124-1138, t. V, núms. 180-185, 195-211, tomo XIV, núms. 641-681, t. XXIV, núms. 520-544; Planiol et Ripert, *Traité Pratique*, t. I, núms. 371, 375, 548-591, 637-657, t. VIII, núms. 521, 523-551, 596-628, t. XI, núm. 1463; Trasbot, *El acto de administración en Derecho privado francés*, traducción de Francisco Porrúa Pérez, 1945.

452 *bis*. *Antecedente.* Mi estudio "El Acto de Administración", publicado en *La Justicia* en 15 y 31 de julio y 15 y 31 de agosto de 1938, t. VIII, núms. 107-110.

### CAPÍTULO PRIMERO

### *Patrimonio de derecho común*

453. *El problema.* Dicen nuestros Códigos que: los bienes de cierta clase pertenecen en administración al hijo menor de edad [C. a. artículos 378 y 380; C. v. arts. 429 y 435]; el emancipado tiene la libre administración de sus bienes [C. a. art. 593 y C. v. art. 643]: los que ejercen la patria potestad tienen la administración de los bienes que pertenecen a los que están bajo ella [C. a. art. 374; C. v. art. 425]; el tutor está obligado a administrar los bienes de los incapacitados [C. a. art. 497; C. v. artículo 537, IV]; el representante del ausente es administrador de los bienes de éste [C. a. art. 609; C. v. art. 660]; el mandato general no comprende más que los actos de administración [C. a. art. 2350]; en los poderes generales para administrar bienes bastará expresar que se dan con este carácter, para que el apoderado tenga toda clase de facultades administrativas [C. v. art. 2554]. Ahora bien, ¿cuáles son las facultades de los administradores, cuáles son los actos de administración? La respuesta la vamos a dar en las tres reglas siguientes.

454. *Primera regla.* Para determinado administrador un acto es de administración o de disposición según que un precepto legal expresamente lo faculte para ejecutarlo o le niegue esta facultad. Los preceptos aludidos son principalmente los que a continuación citamos:

Mujer casada bajo el régimen de separación de bienes: C. a. artículos 2077 y 2093.

Menor casado: C. v. artículo 173.

Emancipado: C. a. artículo 593, II y III y C. v. artículo 643, I.

Marido administrador de la sociedad legal: C. a. artículo 2025, 2027 y 2035.

Padres y demás ascendientes en ejercicio de la patria potestad: C. a. artículos 382, 1920 y 3156; C. v. artículos 436, 2496 y 3038; Código de Procedimientos Civiles de 1884, artículo 1474 y Código de Procedimientos Civiles de 1932, artículo 920.

Tutor: C. a. artículos 403, 514, 516, 518, 519, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 544, 1068, 1920, 2939, 3156, 3676 y 3677; C. v. artículos 449, 557, 561, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 573, 575, 576, 1654, 2946; Código de Procedimientos Civiles de 1884, artículos 1452, 1472 y 1474; Código de Procedimientos Civiles de 1932, artículos 915, 921 y 922.

Representantes de ausentes: C. a. artículo 609 y 636; C. v. artículos 660 y 686.

Mandatario: C. a. artículos 1785, 1822, 2350, 2612, 2938, 2939 y 3155; C. v. artículos 2401, 2402 y 2868.

Procurador: C. a. artículo 2387; C. v. artículo 2587.

Socio administrador: C. a. artículos 2286 y 2287; C. v. artículo 2712.

455. *Segúnda regla.* Para un administrador, son actos ya de administración, ya de disposición, los demás que tengan uno u otro carácter para los otros administradores, según los artículos citados en la primera regla y que son aplicaciones hechas por nuestros Códigos de la noción de acto de administración, por oposición la mayor parte de las veces al acto de disposición. Con este criterio debemos considerar:

Actos de administración: recibir pagos; consentir en la cancelación del registro de una hipoteca u otro registro cuando reciba el pago de la obligación respectiva; hacer pagos; dar bienes en arrendamiento hasta por nueve años o recibiendo rentas anticipadas hasta de tres años según el Código Civil de 1884, o bien, dar bienes en arrendamiento hasta por cinco años o recibiendo rentas anticipadas hasta de dos años según el Código Civil de 1928; prestar dinero sobre segura hipoteca; aceptar donaciones, herencias y legados.

Actos de disposición: donar, vender y en general enajenar bienes (especialmente inmuebles, muebles preciosos y alhajas) y derechos (especialmente reales); dar en prenda, hipotecar o gravar de otro manera bienes y derechos (especialmente inmuebles); dar bienes en arrendamiento por más



de nueve años o con anticipo de rentas por más de tres años según el Código Civil de 1884, o bien por más de cinco años o con anticipación de rentas por más de dos años según el Código Civil de 1928; dar bienes en anticresis; hacer remisión; repudiar herencias; cancelar hipotecas, su registro y extinguir derechos reales; dar fianza; recibir dinero prestado; transigir y comprometer en árbitros; conformarse con la demanda sobre inmuebles, etc.; renunciar la prescripción pendiente o la consumada. Judicialmente: desistirse, absolver y articular posiciones, hacer cesión de bienes y recusar.

456. *Tercera regla.* Faltando texto legal, debe acudirse a la noción misma de acto de administración como la expone Bonnecase, basándose en preceptos del Código Napoleón, con los que sustancialmente concuerdan los de nuestros Códigos, con la advertencia de que en estos Códigos dentro de los actos de administración están incluidos los de conservación, que tienen por objeto evitar que un bien se pierda por su propietario.

Para Bonnecase, el patrimonio de Derecho común es un patrimonio cuyo elemento-capital es esencialmente estable, es decir, está destinado a permanecer indefinidamente en poder de su titular, y el acto de administración, sin comprometer dicho elemento, tiene por fin hacer fructificar ese capital, o sea a un conjunto de bienes o a un bien determinado y aun utilizar las rentas enajenándolas. El acto de disposición comprende la enajenación del capital y todo acto susceptible de acarrear la pérdida de ese elemento *[Supplément*, t. III, núms. 338-342].

Teniendo en cuenta dicha noción, hay que considerar, por ejemplo, como actos de conservación comprendidos en los de administración, los de interrumpir una prescripción y enajenar los bienes que estuvieren sujetos a perecer, como acto de administración contraer obligaciones en cuanto sea necesario para la administración [Laurent, tomo XXVII, núms. 420 y 421], y como actos de disposición, novar obligaciones, conformarse con las sentencias y demás resoluciones judiciales.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### *Patrimonio de explotación*

457. *Carácter distintivo.* Bonnecase, juzga "que es patrimonio de especulación un conjunto de bienes considerados en su valor más bien que en su individualidad, y esencialmente destinados, bajo el imperio de la noción de circulación de las riquezas, a ser reemplazados por otros considerados eventualmente como más ventajosos. El patrimonio de un comerciante representa el tipo del patrimonio de especulación" *[Suppl.*, t. III, número 340, pág. 675].

Y agrega que el acto de administración aplicado al patrimonio de especulación, acto al que llama de gestión, es amplio y se aproxima quizá

más aún al acto de disposición del Derecho Civil que al acto de administración [*Suppl.*, t. III, núms. 340, págs. 675-676 y núms. 341, pág. 678].

Las ideas de Bonnecase son aplicables en nuestro Derecho a los administradores de los bienes de los comerciantes y de las sociedades comerciales, ya que el acto de comercio por excelencia consiste en adquirir para enajenar y realizar esta enajenación [véase Código de Comercio, art. 75, fracs. I y II, 117 y 189 y Ley General de Sociedades Mercantiles, art. 10].

457 *bis. Laurent y Baudry.* Laurent sostiene que "El mandato de administración no da al mandatario el derecho... de hacer ningún acto de disposición" [t. XXVII, núm. 419].

Baudry-Lacantinerie y Wahl enseñan lo contrario, diciendo: "Ciertos autores deciden, de una manera absoluta, que los actos de disposición están enteramente prohibidos al mandatario general. Esta solución no puede aceptarse; todo lo que quiere la Ley es que el mandatario general no pueda sino administrar; pero le confiere el derecho de administración en toda su plenitud. Ahora bien, hay casos en que la administración es imposible sin actos de disposición y otros casos en que la administración consiste en disponer; así, aun los autores que combatimos, por razones que poco prueban, reconocen la validez de ciertos autos de disposición celebrados por el mandatario general. La fórmula mejor es ésta: el mandatario general puede ejecutar todos los actos, aun de disposición, que tienen por objeto la administración" [t. XXIV, núm. 523 *Traité théorique et pratique de Droit Civil*].

Yo creo que el criterio de Laurent es el que debe aplicarse al patrimonio de derecho común y el de Baudry-Lacantinerie y Wahl al patrimonio de explotación.

457 *ter. Ejemplos.* Se forma una sociedad con el objeto de adquirir un terreno, dividirlo en lotes y vender éstos. La venta de lotes será un acto de administración.

La Ley General de Instituciones de Crédito, en su artículo 17, fracciones II y XVI, permite a los Bancos de Depósito adquirir inmuebles en pago de deudas o para asegurar crédito ya otorgado; pero debiendo ser liquidados por el Banco dentro del plazo que señala la fracción últimamente citada. Las ventas que deben hacerse, según dicho precepto, son actos de administración.

## CAPÍTULO TERCERO

### *Patrimonio de liquidación*

458. *Su carácter distintivo.* Este patrimonio consiste en un conjunto de bienes destinados a ser enajenados con el fin, generalmente, de desinteresar a los acreedores de ese patrimonio [Bonncase, *op. cit.*, número 340, página 676].



458 *bis. Sociedades.* Tal es el caso del patrimonio de una sociedad mercantil puesta en liquidación, en la que los liquidadores tienen como facultades cobrar lo que se deba a la sociedad y pagar lo que ella deba, vender los bienes de la sociedad y liquidar a cada socio su haber social [véanse artículos 242, fracciones II, III y IV, 246 y 247 de la Ley General de Sociedades Mercantiles].

Según el Código Civil de 1928, disuelta la sociedad se pondrá en liquidación [art. 2726]; la liquidación se hará por liquidadores y a falta de ellos por los socios [art. 2727]; se cubrirán los compromisos sociales, se devolverán los aportes de los socios y se repartirán entre éstos las utilidades [artículo 2728].

El Código Civil de 1884 se limita a declarar aplicables a la partición entre socios, las reglas establecidas para la partición entre herederos [artículo 2316].

458 *ter. Herencia.* El albacea, que es administrador de los bienes de la herencia, tiene las facultades consignadas en los artículos siguientes, con las limitaciones contenidas en ellos: C. a. artículos 2939, 3727, 3730, fracciones II, IV, V, VII y VIII, 3736, 3740, 3741, 3742, 3743, 3744, 3745, 3746, 3774, 3775, 3778, 3779, 3780, 3784, 3786, 3787 y 3788; C. c. artículos 1704, 1706, fracciones II, IV, V, VII y VIII, 1713, 1716, 1717, 1718, 1719, 1720, 1721, 1753, 1754, 1757, 1758, 1759, 1763, 1765, 1766 y 1767; Código de Procedimientos Civiles de 1884, artículos 1860 a 1863; Código de Procedimientos Civiles de 1932, artículo 841.

TÍTULO DÉCIMO

# LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

459. *Tabla A*

C. a. 1324.—C. P. 684.—C. E. 1289.—C. v. 1857.
„ „ 1325.—C. P. 685.—C. E. 1289.—C. v. 1857.

460. *Tabla B*

C. v. 1851.—C. E. 1281.—G. 1019 1ª—C. N. 1156.
„ „ 1852.—C. E. 1283.—C. N. 1163.
„ „ 1853.—C. E. 1284.—G. 1019 2ª—C. N. 1157.
„ „ 1854.—C. E. 1285.—G. 1019 4ª—C. N. 1161.
„ „ 1855.—C. E. 1286.—G. 1019 3ª—C. N. 1158.
„ „ 1856.—C. E. 1287.—G. 1019 5ª—C. N. 1159 y 1160.
„ „ 1857.—C. E. 1289.—C. a. 1324 y 1325.

461 BIBLIOGRAFIA. BONNECASE, *Supplément*, t. II, núms. 398-423; BONNECASE, *Précis*, t. I, núms. 134-136; BONNECASE, *Précis de Pratique Judiciaire et Extrajudiciaire*, núms. 108-128; CÉLICE, *El error en los contratos*, páginas 15-27; DEMOGUE, t. I, núms. 27-39; PLANIOL, t. II, núms. 1181-1184 y 945; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, t. VI, núms. 373-375; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XII, núms. 552-579 y 27. I; LAURENT, t. XVI, núms. 500-513; JOSERAND, t. II, núms. 238-242; COLIN et CAPITANT, traducción española, tomo III, págs. 626-630 y notas de DE BUEN, págs. 665-669; DIEGO, t. II, páginas 616 a 633; VALVERDE, t. III, págs. 255 a 264; MANRESA, t. VIII, *Comentarios a los artículos 1281 a 1289 del Código Civil Español*; CUNHA GONÇALVES, t. IV, núms. 541-543; DIAS FERREIRA, t. II, págs. 27-28; *Code Civil Allemand, traduit et annoté*, t. I, comentario de SALEILLES a los artículos 116, 119 y 133; SALEILLES, *De la Déclaration de Volonté*, "Prefacio, introducción y comentario a los artículos 116, 119, 133 y 157 del Código Civil Alemán"; MEYNIAL, "La Déclaration de Volonté" (*Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tomo I, págs. 550 a 573); *L'Oeuvre Juridique de Raymond Saleilles*, artículo de LEREBOURS-PIGEONNIERE sobre la contribución esencial de R. Saleilles a la Teoría General de la Obligación y a la Teoría de la declaración de voluntad, páginas 424 y sigs.; DUGUIT, *Transformaciones*, págs. 83-88; LÉVY-ULLMANN, *L'obligation et le contrat*, págs. 279-284; CHABAS, *De la Déclaration de Volonté en Droit Civil Français*; DANZ, *La interpretación de los negocios jurídicos*; ENNECCERUS y NIPPERDEY, tomo primero, vol. II, párrafo 192, págs. 393-416.



## CAPÍTULO PRIMERO

### *La doctrina*

462. *El problema.* Interpretar un contrato es, en términos generales, determinar su alcance, sus efectos [Bonnecase, *Suppl.*, t. II, núm. 398; Valverde, t. III, pág. 255; Giorgi, t. IV, núm. 179]. El problema de la interpretación consiste en saber si deben dejarse a un lado los términos que han empleado los interesados y atender a su voluntad interna y psicológica, o si al contrario hay que considerar que los términos escogidos por los contratantes traducen irremediablemente su voluntad, abstracción hecha de toda investigación de intención psicológica [Bonnecase, *Suppl.*, t. II, núm. 375]. O en otras palabras, cuando el contratante no traduce con fidelidad lo que quiere en el medio de expresión que emplea [Diego, t. II, pág. 617], cuando hay desacuerdo entre la voluntad real o interna y la declaración de la voluntad, ¿debe prevalecer aquélla o ésta para determinar el alcance del contrato? [Bonnecase, *Suppl.*, t. II, núm. 404; Diego, t. II, página 620].

463. *Teoría de la voluntad interna o de la autonomía de la voluntad.* Siendo la voluntad el alma del contrato [Diego, t. II, págs. 610 y 622] a ella sola hay que dirigirse para saber los efectos jurídicos de éste. La interpretación del contrato consiste en determinar la común intención de las partes; es, pues, una cuestión de hecho y no de derecho, y la labor del intérprete es la de un psicólogo que percibe la intención de los contratantes, es, en fin, una operación inductiva encaminada a averiguar la verdadera intención [Valverde, t. III, pág. 256]. Hay que aclarar que en esta teoría no se pretende que la voluntad pueda, jurídicamente, prevalecer sin una manifestación adecuada; únicamente se sostiene que la expresión de voluntad debe recibir su significación del fin que ha perseguido la voluntad interna [Bonnecase, *Suppl.*, t. II, pág. 491].

Esta teoría es la que indudablemente han adoptado los Códigos Francés [arts. 1156 a 1164], Italiano [arts. 1131 a 1139] y Español [arts. 1281 a 1289], está expuesta en general por los comentadores de esos Códigos, como puede verse en las obras citadas en el número 461 de este libro; es la sostenida por Bonnecase [*Suppl.*, t. II, núms. 411-412].

464. *Cuestión relacionada con la teoría anterior.* Los efectos de los contratos "son, muchas veces, muy complicados e imprevistos; al declarar obligarse, es raro que las partes perciban todas las consecuencias posibles de su obligación. Más tarde, cuando nazca una dificultad, el juez las considerará como obligadas en virutd de su voluntad. ¿Esto es exacto? Si se les hubiese planteado la cuestión en el momento en que han contratado, es posible que cada una de las partes hubiera tenido una opinión diferente...

No hay exageración en decir que los efectos del contrato, aun los más lejanos y los más imprevistos, han sido queridos por las partes, porque las ideas se encadenan con una fuerza lógica, y el que admite un principio admite, por esto mismo, las consecuencias" [Planiol, t. II, núm. 945; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 27, i].

465. *Teoría de la declaración de voluntad o de la voluntad declarada.* La síntesis de esta teoría, expuesta por Saleilles, puede verse en el artículo de Meynial, publicado en la *Revue Trimestrielle de Droit Civil* [año de 1902, págs. 550 a 573], de donde copiamos los párrafos siguientes: "Según ella (la teoría de la declaración), el fundamento del acto jurídico, lo que preside a su nacimiento y da la medida de su alcance, es la declaración del agente y no la voluntad que esta declaración debe traducir. No se tiene en cuenta la voluntad sino en tanto que se traduce al exterior bajo la apariencia de una declaración; de esta declaración es lógico inferir siempre la existencia de la voluntad y darle los mismos efectos, ya sea que la voluntad que debe encarnar, exista o no realmente. De lo que aquí se trata, no es tanto de realizar la voluntad del declarante cuanto de salvaguardar las esperanzas o los derechos que su declaración ha podido hacer concebir a los otros o hacer nacer en su provecho; no se trata tanto de procurar al declarante la utilidad que ha querido sacar de su acto como de imponerle la responsabilidad frente a los otros. M. S. lo hace notar bien en su prefacio, cuando dice: 'La cuestión consiste en saber, desde el punto de vista del crédito y desde el punto de vista de los terceros, cuál es, para aquel que hace una declaración jurídica, la responsabilidad resultante de esta declaración, y respecto de esta declaración misma. ¿En qué medida va a ser él obligado a sufrir la interpretación normal de su propia declaración, aun si el sentido aparente no corresponde al sentido real?' La obligación resulta aquí mucho más del acto material del declarante que de su voluntad, no puede ser cuestión el tener en cuenta esta voluntad si por ello debería resultar un daño o una decepción para otro... La substitución de la declaración a la voluntad interna, como base del acto jurídico, reacciona en fin sobre la interpretación que es necesario dar a este acto. El juez deberá dedicarse a descubrir, no ya lo que el declarante ha querido en su fuero interno, sino lo que su declaración autoriza a creer que él ha querido. Y es sensible que esto no sea enteramente la misma cosa. Se sabe bien que una fórmula cualquiera supone siempre un conjunto de nociones anteriores sobreentendidas, que la completan, la explican o la varían en el espíritu de cada uno de nosotros. Y este medio, del cual ella no es más que una parte trunca, es diferente según cada uno de nosotros; no es el mismo en el declarante que los que reciben su declaración o tienen conocimiento de ella. Ahora bien, la teoría de la declaración quiere que se explique la declaración y, por consiguiente, el acto que encierra, que se la colore con ayuda, no de los pensamientos que la han rodeado en el espíritu del declarante, sino con las tradiciones de espíritu comunes a todos."



La exposición de la teoría de la declaración de voluntad puede verse, además, en las obras de Saleilles, Danz y Enneccerus-Nipperdey, citadas en el número 461 de este libro.

466. *Juicio de Bonnecase sobre las dos teorías.* Bonnecase critica la teoría de la declaración de voluntad y concluye adhiriéndose al predominio de la voluntad interna o psicológica sobre la expresión material de esta voluntad, siendo esta concepción la consagrada por el Código Civil Francés en su artículo 1156, que dice: "En los convenios se debe investigar cuál ha sido la común intención de las partes contratantes más bien que detenerse en el sentido literal de los términos" *[Suppl.*, t. II, núm. 412].

Sin embargo, con referencia a los contratos de adhesión profesa la opinión expuesta en el número 142 de este libro y por excepción considera que ciertas categorías de actos jurídicos, más especialmente los actos jurídicos comerciales, se interpretan menos por la voluntad real que por la consideración del medio económico y del objetivo de especulación perseguido en el acto. [Véanse, *Suppl.*, t. VI, núm. 78 y *Précis de pratique*, etc., número 121].

467. *Juicio de Célice.* Este jurista, refiriéndose a las dos teorías expuestas, dice que con el sistema "de la voluntad real se protege al contratante, puesto que se le evita caer en los lazos de una obligación en la que no ha consentido y se sacrifica a los terceros, destruyendo compromisos que tenían valor aparente y en los cuales pudieron creer, y, por el contrario, con el sistema de la declaración se desconocen en principio los intereses del contratante puesto que se desdeña su intención y se prescinde del resultado que se propuso obtener, para atenerse exclusivamente a lo que pudieron conocer los terceros, que quedan así totalmente amparados", y después de pesar el pro y el contra de la cuestión declara no afiliarse a la teoría de la declaración y concluye diciendo que hay que colocarse en un justo medio *[op. cit.*, págs. 17 y 27].

468. *Juicio de Demogue.* Después de analizar ampliamente las dos teorías, considera que la lucha entre ambas concepciones de la seguridad no puede resolverse por el triunfo exclusivo de una o de otro [t. I, núm. 32, pág. 92], y concluye diciendo, que desde el punto de vista del derecho positivo, sea francés sea italiano, el sistema que parecería el más exacto es el de la voluntad, con importantes atenuaciones que resultan de la responsabilidad; que los artículos del Código Civil Francés, admitiendo la teoría del error, del dolo, de la violencia y los que reglamentan la interpretación de los contratos, concuerdan con el sistema de la voluntad y difícilmente con el de la declaración [t. I, núm. 37 *bis*].

469. *El Código Civil Alemán.* Este Código contiene los siguientes preceptos: "Artículo 116. Una declaración de voluntad no es nula sólo porque

el autor de la declaración se reserve secretamente no querer lo que ha sido declarado..." "Artículo 133. Para la interpretación de una declaración de voluntad es necesario investigar la voluntad real y no atenerse al sentido literal de la expresión." "Artículo 157. Los contratos deben ser interpretados como lo exigen la lealtad y confianza recíproca en correlación con los usos admitidos en los negocios."

Enneccerus y Nipperdey, en la obra citada, párrafo 192, tratando de la interpretación de los negocios jurídicos y refiriéndose especialmente al artículo 133 del Código Alemán, exponen los conceptos siguientes: "Se ha de fijar el sentido decisivo para el derecho, o sea el contenido de la declaración de voluntad, el valor de la declaración. Pero ahora bien, ¿ese sentido tiene que deducirse de lo que pensó el declarante o de lo que la opinión general de las personas rectas entendiera de la declaración?, ¿o bien de lo que entendió o tuvo que entender el destinatario de la declaración?... Principio. La solución la da en primer término con gran claridad el párrafo 133, que constituye la base general de la doctrina de la interpretación del C. c... Se designa como objeto de la interpretación "la declaración de voluntad", no una voluntad interna que no haya llegado a tener expresión; pero en la interpretación de la declaración no debe desatenderse a la voluntad real, sino ser "investigada", o sea, tomarse también en consideración. Así, pues, el intérprete, partiendo de la declaración de las demás circunstancias que interesan para la interpretación, ha de investigar la voluntad real, pero sólo puede considerarla decisiva en tanto en cuanto haya tenido expresión en la declaración... solamente es decisiva la voluntad cuando la ha entendido exactamente la otra parte... Por declaración se entiende no sólo las palabras empleadas, sino todo aquello a través de lo cual, sea por sí solo, sea junto con otras circunstancias, la voluntad haya llegado a tener expresión... La declaración recepticia se dirige a un determinado destinatario y, por tanto, sólo se consuma cuando llega al mismo... sólo se la considera llegada con el contenido que el destinatario podía conocer. Por consiguiente, sólo podrá tomarse en cuenta un sentido divergente del habitual si el destinatario lo ha entendido o si, dadas las circunstancias del caso, tenía que entenderlo. En este caso, pues, en el examen de la cuestión de si la voluntad real ha sido declarada y de si, por tanto, es decisiva para la interpretación, sólo pueden utilizarse aquellas circunstancias que conocía el destinatario o cuyo conocimiento podía esperarse del mismo. Esto es de especial importancia con respecto al uso del lenguaje en el lugar o a los usos del tráfico local, como también en cuanto a los prospectos y condiciones circulados por una parte..." Los mismos autores, en el párrafo 193 de la misma obra, exponen un desenvolvimiento de la materia de interpretación.

Saleilles, refiriéndose al mencionado artículo 133, reconoce que en la redacción definitiva del Código Civil Alemán se ha entendido aceptar una posición intermedia entre las dos teorías expuestos *[De la déclaration de volonté*, pág. 6].



470. *Teoría propia de Saleilles.* Bonnecase, basándose en el estudio de Lerebours-Pigeonnière citado en el número 461 de este libro, atribuye a Saleilles una teoría según la cual el alcance de la voluntad en los actos jurídicos sería independiente de la intención de los autores del acto y soberanamente determinable por el juez sobre una base objetiva. Combate tal teoría principalmente porque no podría sino producir la incertidumbre más lamentable y más nociva en las relaciones cotidianas y agrega que en todo caso no contiene la concepción francesa *[Suppl.*, núms. 399 y 401].

## CAPÍTULO SEGUNDO

## *Nuestros códigos*

## SECCION 1ª EL CODIGO DE 1884

### I. Objeto principal de la obligación

471. *Antecedentes.* El Código Portugués, en su artículo 684, dice: "Es nulo el contrato siempre que de sus términos, naturaleza y circunstancias, o del uso, costumbre o Ley no pueda deducirse la intención o voluntad de los contrayentes sobre el objeto principal del mismo contrato." Cunha Gonçalves, refiriéndose a este precepto, considera infeliz la fórmula empleada por el legislador; pero, de lo preceptuado en dicho artículo y en el siguiente, o sea en el número 685, deduce una serie de reglas de interpretación dominadas por el principio de verificar la intención de los contratantes, siendo de advertir que antes ha afirmado que el legislador portugués, siguiendo como modelo al Código Civil Francés, adoptó el método subjetivo para establecer las reglas de interpretación de los contratos [t. IV, núm. 541, pág. 422 y núm. 542, págs. 424-425].

472. *El Código.* Contiene el artículo 1324, del tenor siguiente: "Es nulo el contrato cuando por los términos en que está concebido, no puede venirse en conocimiento de cuál haya sido la intención o voluntad de los contratantes sobre el objeto principal de la obligación." Como se ve, este artículo concuerda en parte con el artículo 684 portugués, del cual suprimió como elementos de interpretación la naturaleza y circunstancias del contrato, así como el uso, la costumbre y la Ley, contrayéndose únicamente a los términos del contrato. Tal proceder parece indicar la adopción de la teoría de la declaración de la voluntad, teoría adoptada por el mismo Código en la fracción II del artículo 1296, como lo hemos indicado en el número 342 de este libro.

II. CIRCUNSTANCIAS ACCIDENTALES DEL CONTRATO

473. *Reglas de equidad.* El artículo 1325 contiene las reglas siguientes: "Si la duda recae sobre circunstancias accidentales del contrato, y no puede resolverse por los términos de éste, se observarán las reglas siguientes: I. Si las circunstancias, aunque accidentales, por la naturaleza del contrato, revelaron que sin ellas no se habría prestado el consentimiento de alguno de los contrayentes, se estará a lo dispuesto en el artículo anterior; II. Si el contrato fuera gratuito se resolverá la duda en favor de la menor transmisión de derechos e intereses; III. Si el contrato fuere oneroso, se resolverá la duda en favor de la mayor reciprocidad de intereses." Este artículo, adicionado con la fracción I, reproduce el artículo 1441 del Código de 1870 [*Datos*, de Macedo, pág. 81], el cual, a su vez, se inspiró en el artículo 685 del Código Portugués.

## SECCION 2ª EL CODIGO DE 1928

474. *Ideas generales.* Nuestro Código vigente adopta la teoría de la voluntad interna, copiando en sus artículos 1851 a 1857 los del Código Español citados en el número 460 de este libro. Para dar a conocer su sentido y alcance, vamos a transcribir los artículos de nuestro Código y a continuación de cada uno de ellos, el comentario aplicable de Manresa [t. VIII, págs. 702 a 725].

475. *Artículo 1851.* Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.

"Las reglas de interpretación, justas por su fundamento, y consagradas por una práctica secular, están expresadas en el Código con plausible claridad, y forman un buen cuerpo de doctrina... El propósito de la Ley y la tendencia de los Tribunales es limitar la interpretación a los casos en que se hace verdaderamente necesaria, y por ello, cuando los términos del contrato son claros, la interpretación no tiene razón de ser. De aquí resulta que el elemento externo, la expresión de la voluntad, tiene de hecho una importancia mayor y más decisiva de lo que parece a primera vista. En principio la Ley coloca la intención de los contrayentes, que es el alma del contrato, sobre las palabras, que son el cuerpo en que aquélla se encierra, y tan es así, que cuando se atiende al sentido literal, es porque, siendo los términos claros, se supone que en ellos está la voluntad de los contratantes; en suma, valen las palabras, no por sí, por lo que dicen. Pero la prevención contra el litigio, el temor de que lo hasta entonces claro quede oscurecido, y el de que lo cierto, las palabras inequívocas, se cambien por lo dudoso, hace que el sentido literal de los términos tenga una influencia extraordinaria, impidiendo, cuando aquéllos son claros, que se planteen problemas difíciles, en averiguación del propósito de los contratantes... Para que pueda hacer valer su supremacía la intención, necesita que pueda surgir el problema de interpretación, bien porque las palabras parecieren contrarias a aquélla, bien por actos opuestos a las mismas en que el propósito de los contratantes se manifestase. Además, para triunfar en contra de los términos del contrato, necesita ser evidente, o lo que es lo mismo, que a más de exigir su prueba, ésta, si bien podrá intentarse por todos los medios admitidos, deberá proporcionar al juzgador una convicción inequívoca... Pero la intención evidente, que triunfa contra su expresión defectuosa, no es la de una de las partes, sino la intención común, aquella que por serlo se identifica en cierto modo con el consentimiento, porque es el fin que quisieron y se propusieron los contratantes... La intención puede probarse por todos los medios y reflejarse en diferentes cosas y hechos..."



476. *Artículo 1852.* Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar.

"El fundamento está en que no cabe imponer obligaciones contractuales sin un consentimiento cierto a que atribuirlas, y el criterio de la Ley supone que la interpretación debe ser restrictiva en los casos de duda, si otra cosa no estuviere dispuesta. La inteligencia de la palabra cosas, como equivalente del objeto contractual, no da origen a dificultades; no es tan sencillo el concepto de los casos, que equivalen, en opinión nuestra, a los supuestos u ocasiones en que hayan de producirse las consecuencias convenidas en el contrato, los efectos de éste. Deberán reducirse a los casos que expresara, atribuyendo a la enumeración propósito limitativo, a no ser que tuviera el de explicar, y entonces cabría estimar comprendidos los casos análogos a los enunciados en el convenio..."

477. *Artículo 1853.* Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto.

"Aquí el fundamento se encuentra en la suposición de que los contratos se celebran con un fin, y para que produzcan resultado, sea el que fuere; por tanto, la ineficacia de lo que se estipuló no puede ser nunca la solución preferida por el Derecho. El precepto que comentamos puede tener numerosas e importantes aplicaciones: entre las cosas o servicios posibles y los imposibles, se debe interpretar que aquéllos fueron el objeto del contrato; entre lo lícito y lo ilícito, lo conforme a la moral y lo opuesto a ella, sea en la causa, sea en el objeto, el problema habrá de resolverse por la licitud; entre la conexión con la materia del contrato y la falta de

relación con ésta, debe suponerse aquélla; en suma, cada cláusula, mientras la duda permita diferentes soluciones, debe suponerse que tiende a algún fin o surtir algún efecto, siempre que éste no se oponga a lo que indique el conjunto de las demás estipulaciones. La duda a que la Ley se refiere, debe aparecer planteada entre la ineficacia de una cláusula y la eficacia de la misma, y entonces se resuelve por ésta; pero conviene evitar dos interpretaciones erróneas que pueden hacerse del texto legal. No significa éste que siempre haya de suponerse eficaz toda cláusula, pues cuando no tenga otra interpretación que su inutilidad, ineficaz será. La Ley exige que haya duda, y la resuelve en favor de la eficacia; no ampara estipulaciones manifiestamente ociosas, imposibles o viciadas. En segundo lugar, debe tenerse muy en cuenta que el artículo 1284 no es aplicable a las dudas que se promuevan entre diferentes explicaciones de una cláusula, que conduzcan todas a atribuir efecto a éstas, si bien en grado diferente..."

478. *Artículo 1854.* Las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

"La interpretación de las cláusulas aisladas de lo que pudiéramos llamar artículos en la ley del contrato, es asunto del artículo anterior: el enlace entre esas cláusulas o artículos para que formen una regla armónica de derecho, es la materia propia de éste. El fundamento del que comentamos es bien claro: el contrato, que persigue un fin, debe tener ordenadas entre sí y con relación a éste sus diversas cláusulas, que es racional se completen, y aplica a su interpretación el medio a que espontáneamente acudimos al comprender tan sólo algunas palabras de una frase: adivinar por ellas el sentido de las otras. En esta interpretación sistemática, no todas las cláusulas tiene igual importancia: hay alguna o algunas que abarcan la interpretación capital, que reflejan lo esencial del pensamiento y propósito de los contratantes, y alrededor de ella deben girar la interpretación, porque es la base de ésta, el foco de luz que la aclara. Relacionando este precepto con el anterior, pueden parecer, no siéndolo, opuestos en algún caso, e invocarse con opuesta tendencia por las partes. Lo primero en la interpretación de las cláusulas, es que cada una de ellas produzca efecto, y para que así suceda, y comprender cuál sea éste, deben utilizarse las demás que no fueren dudosas; mas si para atribuir eficacia alguna, no hay más remedio que aceptar como consecuencia la contradicción con otras más importantes, entonces el artículo 1284 no deberá aplicarse, porque entre la eficacia de la cláusula y la del contrato, triunfa éste. Pero es de tener en cuenta que la oposición entre las cláusulas, que lleva a sacrificar la más oscura, si hubiese alguna; la menos importante, si todas fuesen claras; la que se oponga a la efectividad del contrato, si tal fuere su alcance, debe ser inconciliable, en rigor absoluto. Frente a la contradicción de las cláusulas, el intérprete del contrato, como el comentarista de las leyes, debe suponer que en una superior unidad cabe se armonicen, y que para



algo fue puesta cada una de ellas, y así, procurando que mientras sea posible tenga general aplicación el artículo 1284, se restringirán recíprocamente los términos y alcances de las cláusulas que parecieran contradecirse, y limitando los casos que abarquen, reduciendo su campo de acción, podrán subsistir sin invadirse. Mas cuando lo terminante de la expresión o lo indudable del propósito no permitieran esas transacciones, el intérprete habrá de reconocer la contradicción, del propio modo que el comentarista, tras inútiles tentativas, encaminadas a armonizar, confiesa la antinomia en los preceptos legales, y entonces viene el sacrificio de la cláusula a él destinada, según indicamos antes... cuando los contratos celebrados entre dos personas son inseparables entre sí, deben entenderse y aplicarse naturalmente atendido el conjunto de los mismos..."

479. *Artículo 1885.* Las palabras que pueden tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato.

"La naturaleza significa aquí la índole general del contrato y sus fines según la Ley, y puede servir mucho, v. gr., para precisar el variadísimo alcance que el verbo dar o el nombre entrega pueden tener, según que se trate de compraventa, mutuo, comodato, arrendamiento, depósito, etc., en que son aplicables aquellas palabras, si bien con un sentido que en cada caso tienen, respecto de los otros, inmensa diferencia. El objeto del contrato supone aquí más bien el propósito de los contratantes; representa lo particular de cada convenio, así como su naturaleza indica lo general en los de cada grupo. Por esto, y en consideración al objeto, es difícil dar reglas determinadas previamente: el caso particular es la guía siempre... el error, las impropiedades de lenguaje, las mismas tergiversaciones del tecnicismo legal, como el cambio frecuente de... arrendador y arrendatario, no pueden impedir que se deshagan ni llevar con el rigor de la letra a interpretaciones injustas y a veces absurdas, imposibles. El uso, que da vida al lenguaje e impide quede petrificado, es guía en la interpretación gramatical, debiendo tenerse en cuenta las variaciones que el tiempo supone en los significados, y también los locales, aunque no tengan importancia para constituir dialecto... La sentencia de 27 de octubre de 1903 declara que, cuando los vocablos empleados por las partes tienen una significación vulgar y otra jurídica, deben interpretarse por los Tribunales en sentido jurídico, a menos de resultar claramente que se usaron en otro sentido distinto..."

480. *Artículo 1856.* El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos.

"No es esta la ocasión de enumerar las diferencias entre el uso y la costumbre, definidos en las leyes 1ª y 4ª del título 2º de la Partida 1ª, diferencias consistentes ante todo en la mayor antigüedad de la costumbre y en cierta sanción judicial recibida; pero sí debemos notar que comprendiendo sin duda el Código esa distinción, ha empleado los dos términos

para no originar dudas acerca de que tanto una como otra especie de práctica sirven para interpretar los contratos... ¿Cuál es el lugar cuyo uso o costumbre se aplica? Las dudas que este artículo puede suscitar, se refieren al sentido que tiene la palabra país, y aunque desde luego se comprende que se la usa como equivalente de lugar, no por ello desaparece la dificultad, porque dada la variedad de elementos que en el contrato intervienen, puede ser distinto el lugar de residencia de los contratantes, en el que se encontrara el objeto del contrato, el de celebración de éste, y el de su cumplimiento. El artículo 1159 del Código Francés se refiere al lugar de celebración: pero el nuestro ha omitido, y no sin motivo, tal determinación, surgiendo un problema interesante por la variedad de los usos locales. Observamos que, en efecto, el lugar de celebración de un contrato puede estar determinado por el acaso, ser accidental respecto a la permanencia ordinaria de los elementos personales y objetivos que en el contrato intervienen, no volver a tener influencia alguna en la vida de éste. De ahí que el lugar de celebración, por sí solo, tenga escasa influencia, para este efecto... El lugar de residencia de los contratantes, aun siendo el mismo para los dos, no puede tener por sí solo influencia notoria. Se necesitaría una costumbre muy constante, y una suposición bastante fundada de aceptarla, para determinar su aplicación, faltando la de otra más preferente. Mucha mayor importancia tiene el lugar en que se encontrara el objeto, pues aparte de la influencia que puede tener para determinar el cumplimiento de las obligaciones, siendo el tal objeto inmueble, su relieve entre los elementos del contrato y la consideración que se impone al lugar en que está sito, influyen necesariamente en cuanto toca al elemento objetivo de las obligaciones, sin duda lo más interesante... Puede observarse que si tanta importancia atribuimos en bastantes casos al lugar en que el objeto se encuentre, es porque o se identifica con el de cumplimiento real, no simbólico, de las obligaciones, o puede influir en la determinación de éste, y con ello dejamos indicado que, en nuestra opinión, el lugar del cumplimiento es el que, teniendo relación mayor con la efectividad del contrato, sirve principalmente para determinar en cuanto al alcance, extensión y forma de cumplir lo pactado, el uso o la costumbre aplicable..."

481. *Artículo 1857.* Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses; si fuere oneroso se resolverá la duda en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o la voluntad de los contratantes, el contrato será nulo.

"Llegado el caso de ser aplicable este artículo, puede originar dos soluciones: supondrá una regla más de interpretación, o será un precepto



que declare la nulidad del contrato. El que tenga una u otra finalidad tan distinta depende de la materia dudosa; si se refiere a cosas accidentales, el contrato recibirá una interpretación; si se refiere al objeto principal, el contrato será declarado nulo. Dentro del objeto principal deben estimarse comprendidos todos los elementos esenciales que cada contrato implique, se refieran a lo objetivo, cosa, precio, etc., o sean de distinta índole, v. gr., la conformidad entre los interesados que aparezca dudosa. Como regla de interpretación ninguna duda ofrece; conviene, sin embargo, hacer notar que la mayor reciprocidad de intereses se debe entender dentro de la menor extensión de ambas obligaciones, si acerca de esto hubiere también duda..."

481 *bis. Observación.* Nuestro Código de 1928 se aparta del sistema expuesto en los números anteriores en el caso previsto en su artículo 1813, al cual nos hemos referido en los números 230 y 342.

## TÍTULO UNDÉCIMO

# EFECTOS DE LOS CONTRATOS ENTRE LAS PARTES

### CAPÍTULO PRIMERO

### *Fuerza obligatoria*

482. *Tabla A*

C. a. 1276.—G. 978.—C. N. 1135.—C. v. 1796.
„ „ 1278.—G. 979.—C. N. 1174.—C. v. 1797.
„ „ 1419.—C. P. 702.—C. N. 1134.

483. *Tabla B*

C. v. 1796.—C. E. 1258.—C. a. 1276.
„ „ 1797.—C. a. 1278.

484. BIBLIOGRAFIA. PLANIOL, t. II, núms. 1164-1168 y 1328-1331; COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 67-71, 74, 144 et 146; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XII, núms. 25, 331-343, t. XIII, núms. 781 y sigs.; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, t. VI, núms. 371 et 372; LAURENT, t. XVI, núms. 178-185, t. XVII, núm. 55; HÉMARD, t. II, núms. 1295-1298; CUNHA GONÇALVES, t. IV, núm. 555; MANRESA, t. VIII, págs. 617-621.

485. *Referencia.* Véase el número 152 de este libro.

486. *El principio.* El artículo 1134 del Código Napoleón expresa enérgicamente la fuerza del contrato diciendo que los convenios legalmente formados equivalen a Ley para aquellos que los han hecho [Planiol, t. II, núm. 1165]. Concuerda con este artículo el 1419 de nuestro Código de 1884, cuando dice que "Los contratos legalmente celebrados serán puntualmente cumplidos." Por las palabras "legalmente celebrados", este texto se refiere a los contratos que se hacen conforme a la Ley, es decir, que no son ilícitos [Colin et Capitant, t. II, núm. 67 y Planiol, t. II, núm. 1165]. Las palabras "serán puntualmente cumplidos", significan no sólo que deben ser observados rigurosamente, sino que deben ser también cumplidas todas



las cláusulas secundarias o accesorias sobre el lugar, calidad, cantidad, condiciones, pago, moneda, etc., pues todo esto forma parte del contrato [Cunha Gonçalves, t. IV, núm. 555, pág. 485]; significan asimismo que la observancia del contrato se impone a las partes [Planiol, lugar citado], que cada contratante tiene que efectuar su prestación so pena de ser constreñido a ello por la fuerza pública, y si la ejecución directa no es posible, será condenado a indemnizar al otro contratante por los daños y perjuicios que le causare [Colin et Capitant, lugar citado]. Así lo dice el mismo Código de 1884 en su artículo 1421: si el obligado en un contrato dejare de cumplir su obligación, podrá el otro interesado exigir judicialmente el cumplimiento de lo convenido y el pago de daños y perjuicios.

La idea contenido en el citado artículo 1419 se encuentra también en el artículo 1276 del mismo Código y en el artículo 1796 del Código de 1928, según los cuales los contratos legalmente celebrados obligan al cumplimiento de lo expresamente pactado, o en otros términos, los contratos desde que se perfeccionan obligan a los contratantes al cumplimiento de lo expresamente pactado.

487. *Confirmación del principio.* La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes [arts. 1278 del Código de 1884 y 1797 del Código de 1928]. García Goyena, en su comentario al artículo 979 del Proyecto de Código Español, cita la Ley 9, título 5, Partida 5, que contiene este ejemplo: "Si el vendedor dixesse: véndote esta cosa por cuanto tú quisieres o por cuanto yo quisiere; la vendida no valdría." En el mismo sentido deciden nuestros Códigos, previniendo que "El señalamiento del precio no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes" [C. a. art. 2817 y C. v. art. 2254].

488. *Casos excepcionales.* El artículo 1278 del Código de 1884, después de decir que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contrayentes, agrega "a excepción de los casos expresamente señalados en la Ley". Sobre estos casos nos remitimos al número 493 de este libro y hacemos observar que el Código de 1928 ha suprimido las palabras que acabamos de transcribir.

489. *Alcance del principio.* Los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la Ley [arts. 1276 Código de 1884 y 1796 del Código vigente].

"La *buena* fe es la obligación de conducirse como hombre honrado y concienzudo no solamente en la formación sino en la ejecución del contrato y de no atenerse a la letra de éste... La buena fe se exige tanto del acreedor cuanto del deudor. Para determinar lo que es debido hay que averiguar lo que la honradez permite exigir y lo que la misma obliga a cumplir" [Planiol, Ripert y Esmein, t. VI, núm. 397, págs. 524].

Respecto a lo que debe entenderse por *uso* nos remitimos a lo expuesto en la introducción de este libro, título IV, capítulo V, párrafo II.

En cuanto a la *ley*, a ella nos vamos a referir en el número siguiente.

490. *Las cláusulas.* "Según Pothier, hay que distinguir en cada contrato: 1º Las cosas esenciales; 2º Las cosas naturales; 3º Las cosas accidentales. 1º Las cosas que son de la esencia del contrato son aquellas sin las cuales ese contrato no puede subsistir. Faltando una de estas cosas o no hay contrato absolutamente o es otra especie de contrato... 2º Las cosas naturales son aquellas que están sobreentendidas en el contrato, cuando las partes no se han explicado, pero que, no siendo de la esencia del contrato pueden ser suprimidas en él por una estipulación formal... 3º Las cosas accidentales son aquellas que no estando en la naturaleza del contrato no pueden estar contenidas en él sino en virtud de una cláusula particular" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 25].

De acuerdo con lo expuesto, disponen nuestros Códigos que "Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato, o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen; a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por el derecho" [arts. 1310 del Código de 1884 y 1839 del Código de 1928].

Así, por ejemplo, si *A* vende a *B* una cosa por un precio cierto y en dinero, se tendrá por puesta una cláusula conteniendo la obligacación del vendedor de transferir la propiedad de la cosa al comprador. Esta cláusula será esencial [art. 2248 del Código vigente, que define el contrato de compraventa].

En el mismo contrato se tendrá por puesta una cláusula según la cual los gastos de la entrega de la cosa vendida serán de cuenta del vendedor. Esta será una cláusula natural, pues los contratantes pueden convenir lo contrario [art. 2285].

En el repetido contrato puede pactarse que la cosa comprada no se venda a determinada persona [art. 2301]. Esta será una cláusula accidental.

En cuanto a renuncias, el Código de 1884 contiene las siguientes prevenciones: "Artículo 1307. Las renuncias que legalmente pueden hacer los contrayentes, no producen efecto alguno si no se expresan en términos claros y precisos, y citándose la ley cuyo beneficio se renuncia. Artículo 1308. Las renuncias legalmente hechas, no podrán extenderse a otros casos que aquellos que estén comprendidos en la disposición renunciada. Artículo 1309. La renuncia que estuviere prohibida por la Ley, se tendrá por no hecha."

El Código de 1928, dispone a su vez lo que sigue: "Art. 6º La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la Ley ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero. Artículo 7º La renuncia autorizada en el artículo anterior no produce efecto alguno si no se hace en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia."



491. *Revocación por los contratantes.* El artículo 1419 del Código de 1884, establece que "Los contratos... no podrán revocarse ni alterarse sino por mutuo consentimiento de los contratantes." "Si en efecto, cada uno de los contratantes pudiera, sin la adhesión del otro, destruir el convenio, no sería verdad decir que aquél tiene fuerza legal respecto de las partes. Pero, puesto que el consentimiento forma el contrato, un consentimiento contrario debe poder disolverlo... Sin embargo, la revocación que resulta del consentimiento manifestado en sentido contrario por las partes contratantes no produce sus efectos sino en el porvenir, no en el pasado. El pasado no pertenece ya a las partes contratantes y no está en su poder suprimir lo que contiene. Los efectos que el contrato ha producido en el pasado serán pues mantenidos; por otra parte su destrucción habría podido causar perjuicio a derechos adquiridos por terceros. Así, yo os vendo mi casa mediante cierto precio; este convenio os hace inmediatamente propietario. Algunos meses después, convenimos en que la venta será de ningún valor. ¿Resultará de este nuevo convenio que la venta será considerada como no habiendo existido jamás, que, por consiguiente, vos seréis considerado como no haber sido jamás propietario de la casa y yo no haber jamás cesado de serlo? No, nuestro nuevo convenio no obrará sino en el porvenir: tendrá solamente por resultado el de retransferirme la propiedad que la venta os había trasmitido, de suerte que habrá en mi derecho de propiedad una solución de continuidad, que nuestra voluntad común no puede hacer desaparecer. De aquí resulta especialmente esta consecuencia, que el fisco tendrá razón en reclamar dos derechos de transmisión de la propiedad de bienes, en tanto que ninguno se le debería, si la venta se hubiese resuelto en el pasado. Se sigue igualmente que la revocación no podrá causar perjuicio alguno a los derechos adquiridos por terceros sobre la cosa de parte del adquirente. Así, el vendedor que recobra el inmueble vendido, deberá respetar los arrendamientos consentidos por el comprador y también los derechos reales, tales como servidumbre, hipotecas con las cuales hubiere gravado el inmueble o que se hubieran establecido sobre él de su parte... todo, salvo la cuestión de... inscripción. Sucede de otra manera con la... resolución... que se opera en virtud de una condición resolutoria expresa o tácita: obra en el pasado como en el porvenir; porque la condición resolutoria cumplida pone las cosas en el mismo estado que si la obligación no hubiera existido" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núms. 338-339]. Así es en nuestro Derecho, como veremos al tratar de las obligaciones condicionales y del incumplimiento de las obligaciones.

El Código Civil Español no contiene un precepto relativo a la revocación de los contratos, como el artículo 1419 de nuestro Código Civil de 1884 y como el artículo 1134 del Código Napoleón. Sin embargo,

existe en Derecho español, como puede verse por los comentarios que transcribimos a continuación: "Por último, dentro de los modos de destruir el contrato no retroactivamente, está el mutuo disenso. Por él se destruye el contrato hecho; es en cierto modo un contrato de sentido inverso del primero" [Valverde, t. III, pág. 285]. "Mutuo disenso. El Código no se ocupa del mutuo disenso. Por su esencia es lo mismo que el mutuo consentimiento de las partes para que el contrato no se efectúe. Se funda en lo mismo que el consentimiento: en la voluntad; pues si es tan sólo ésta la que ha dado lugar al contrato ella podrá disolver éste" [Diego, t. V, página 381].

Nuestro Código vigente no ha reproducido el artículo 1419 del Código anterior. Sin embargo, hay que reconocer el mutuo disenso como un convenio que extingue las obligaciones, si no se han cumplido, o como un contrato por el que se retrasmiten derechos, siendo aplicables en Derecho mexicano los comentarios expuestos de Baudry-Lacantinerie et Barde, Valverde y Diego.

492. *Alteración por los contratantes.* Vimos en el párrafo anterior que los contratantes pueden alterar el contrato [art. 1419 del Código de 1884] o lo que es lo mismo, pueden celebrar un convenio modificando las obligaciones creadas por aquél [arts. 1792 y 1793 del Código de 1928]. Este convenio es de la misma naturaleza que la revocación.

493. *Casos excepcionales.* El artículo 1419, en su parte final, agrega las palabras "salvas las excepciones consignadas en la Ley"; se considera que la voluntad de uno solo de los contratantes basta para la revocación del mandato [arts. 2398 del Código de 1884 y 2596 del Código de 1928], para la disolución de una sociedad de duración ilimitada [arts. 2308, frac. IV, del Código de 1884 y 2720, frac. VI, del Código de 1928], para la conclusión de un arrendamiento celebrado por tiempo indeterminado [artículos 3032 del Código de 1884 y 2478 del Código de 1928]. En este sentido puede verse Planiol [tomo II, número 1168]. Pero como hace observar Hémard, estos derechos de revocación unilateral no son sino una consecuencia de los contratos mismos aceptada desde el momento de su formación [t. II, núm. 1298].

## CAPÍTULO SEGUNDO

## *La teoría de la imprevisión*

494. BIBLIOGRAFIA. PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, t. VI, núms. 391-398; PLANIOL, t. II, núms. 1168 *bis*, 1168 *ter.*, y 1182 *bis*; RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, núms. 75-88; JOSSERAND, t. II, núms. 403-405; DEMOGUE, t. VI, núms. 632-642; BONNECASE, *Suppl.*, t. III, núms. 291 *bis*-316; BONNECASE, *Précis*, t. II, núms. 382-388; COLIN et CAPITANT, t. II, número 83; HÉMARD, t. II, núms. 1301-1307; RUGGIERO, t. II, págs. 306-308; ENNECCERUS-LEHMANN, t. II, vol. I, párrafo 41, págs. 205-215; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, *El riesgo imprevisible en la vida del Derecho privado*; CUNHA GONÇALVES, t. IV, núm. 564; SERBESCO, *"Effets de la guerre sur l'exécution des contrats" (Revue trimestrielle de Droit Civil*, t. XVI, année 1917, págs. 349-362); *Travaux de la semaine internationale de Droit*, París, 1937, II. *"La révision des contrats par le juge"*; BADENE GASSET, *El riesgo imprevisible*; RIPERT et BOULANGER, t. II, núms. 460-480.



495. *Noción de la teoría de la imprevisión.* Esta teoría consiste en sostener que los tribunales tienen el derecho de suprimir o de modificar las obligaciones contractuales, cuando las condiciones de la ejecución se encuentran modificadas por las circunstancias, sin que las partes hayan podido razonablemente prever esta modificación. Las condiciones económicas nuevas, después de la guerra de 1914, han dado un desarrollo inesperado a esta teoría [Planiol, t. II, núm. 1168 *bis*]. "Todo contrato que no es ejecutado inmediatamente expone al deudor a una eventualidad favorable o desfavorable a causa de las modificaciones en las circunstancias de hecho que condicionan la ejecución del contrato, por ejemplo, en el precio corriente de las mercancías que se ha obligado a entregar a un precio determinado y que debe él mismo conseguir. Puede de allí resultar para él una pérdida o, al contrario, una ganancia superior a lo que había previsto. En un arrendamiento de larga duración, el precio estipulado puede, a consecuencia de un encarecimiento general de las cosas, encontrarse un día muy inferior al precio corriente de los alquileres y aun a los gastos de conservación del inmueble." [Planiol, Ripert et Esmein, t. VI, núm. 391].

496. *La cláusula "rebus sic stantibus".* "Los canonistas de la Edad Media, que condenaban todo enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro, como contrario a la moral cristiana, no debían solamente considerar la lesión contemporánea del contrato, sino también la que resultara de cambios ulteriores en las circunstancias. En ambos casos había usura. Para poner el remedio consideraron como sobreentendida en los contratos una cláusula *rebus sic stantibus* según la cual se reputaba que las partes habían subordinado implícitamente el mantenimiento de sus obligaciones, tales como las habían contraído, a la persistencia de las condiciones de hecho existentes en el día del contrato. Esta teoría, adoptada por los bartolistas, después por la doctrina italiana y alemana hasta el siglo XVIII y por algunos autores franceses antiguos, no ha sido conservada por nuestros grandes autores de los siglos XVII y XVIII. En el extranjero, esta teoría, que Grotius y Puffendorf quisieron limitar al terreno del Derecho Internacional, sufrió un retroceso al mismo tiempo que la teoría de la usura. Sin embargo, ha sido recogida en los Códigos germánicos del siglo XVIII, pero parece en seguida haber caído en el olvido. En Francia, en el siglo XIX, debía sucumbir ante el triunfo de la doctrina de la autonomía de la voluntad" [Planiol, Ripert et Esmein, t. VI, núm. 391]. Introducir en un contrato la cláusula

*rebus sic stantibus*, es decir, si las cosas quedan en el mismo estado, es hacer frágil o destruir el contrato, es introducir la inestabilidad en la vida económica [Hémard, t. II, núm. 1303]. Esta cláusula "no puede sobreentenderse, porque es contraria a la utilidad económica del contrato. Cuando un contrato impone por cierta duración prestaciones sucesivas al deudor, es porque el acreedor ha querido garantizarse contra todas las eventualidades posteriores y particularmente contra las variaciones de los precios" [Planiol, t. II, núm. 1182 *bis*].

497. *Fundamento de la doctrina de la imprevisión según Planiol, Ripert y Esmein.* "En el estado de los textos actuales se podría encontrar un fundamento a la doctrina de la imprevisión en el artículo 1134, párrafo 3 del Código Civil, según el cual los convenios deben ejecutarse de buena fe... Si la buena fe obliga a no engañar a su cocontratante, obliga también a no enriquecerse con los bienes adquiridos en detrimento de él, si circunstancias imprevistas hacen del contrato cosa distinta de la que habían considerado las partes" [t. VI, núm. 396]. Este argumento carece de fuerza, porque el párrafo tercero del artículo 1134 del Código Civil Francés lo que trata es de impedir que el deudor dé menos de lo que debe [Demogue, t. VI, núm. 634, pág. 692], sólo tiende a obligar al deudor a cumplir sus obligaciones en todo su tenor [Bonnecase, *Suppl.*, t. III, núm. 310, página 616]. Lo mismo hay que decir de los artículos de nuestros Códigos citados en el número 489 de este libro.

En la obra de Planiol, Ripert y Esmein, se llega a la conclusión de que si se admite la teoría de la imprevisión, en todo caso hay que restringir su aplicación por las condiciones que menciona [t. VI, núm. 397].

498. *Consideraciones en favor de la imprevisión según Demogue.* "El Código Civil, esta construcción rígida de estilo Imperio, tiene una concepción del contrato que *a priori* aparece clara. Los convenios equivalen a leyes [art. 1134]. La seguridad lo exige así. Pero a su lado aparece la eterna queja de la desgracia humana que el legislador debe oír. De la interpretación del contrato en favor del deudor [art. 1162], del término de gracia [art. 1244], de la moderación de los daños y perjuicios [art. 1150], resulta la idea de que el contrato no es cosa absolutamente rígida" [t. VI, núm. 637, pág. 697]. Este autor sigue diciendo: "¿Por qué en el silencio de los textos sería imposible ir más lejos? Desde el punto de vista social, los contratos son menos generadores de derechos individuales e individualistas en sus fines, que combinaciones protegidas por la Ley para llegar a fines superiores: creaciones, distribución de las riquezas para la satisfacción de los seres humanos. Por el contrato las personas se asocian por su interés común. Ante circunstancias nuevas, hay que repetirlo: el contrato que es cosa viva no puede ser absolutamente rígida. Vivir es transformarse, quedando en cierta dirección general. La revisión del contrato se impone pues. Pero se pone en pugna con la estabilidad de los convenios. Es la oposición



clásica entre la necesidad de seguridad y la de transformación. Va a dar al juez amplios poderes de los que podrá hacer mal uso y permitirá a deudores poco escrupulosos tratar de perjudicar al acreedor. Esto es incontestable. Entre las dos soluciones antitéticas, el hombre libre, pero impotente, no puede encontrar solución plenamente satisfactoria... Lo menos mal desde el punto de vista legislativo en un ensayo de conciliación... En todo caso la imprevisión terminará en un reparto de pérdidas entre acreedor y deudor" [t. VI, núm. 637, págs. 697-698].

499. *El problema de la revisión del contrato según Ripert.* "Así como la nulidad por lesión no puede comprenderse si no se ve en la lesión la injusta explotación del deudor por el acreedor, de la misma manera la nulidad, la prórroga o la revisión del contrato por imprevisión es inadmisible si no se justifica sobre esta idea que el contratante no puede usar hasta la injusticia del derecho que, jurídicamente, le da el contrato. El deudor no puede faltar a la palabra dada... no tiene el derecho de no cumplir a no ser que en conciencia pueda descargarse porque el acreedor reclama a sus expensas un enriquecimiento injusto... Así no es de extrañar que se haya pensado en hablar aquí de abuso del derecho... Si se restituye así a la revisión del contrato por imprevisión su verdadero carácter, se ve con qué prudencia hay que manejar ese poder de revisión. El acreedor ha adquirido por el contrato un derecho del cual puede usar en las condiciones fijadas por el acuerdo de las partes. Es necesario respetar en ese contrato lo que es acto de previsión legítima, puesto que cada contratante hace un sacrificio actual en vista de un porvenir dudoso. El abuso comienza en el momento en que el desequilibrio de las prestaciones es tal que el contratante no podía normalmente prever que iba a sacar de ese contrato tal ventaja. Es preciso pues, para admitir la revisión, un acontecimiento extraordinario, fuera de la previsión humana y ese era el sentido de la cláusula *rebus sic stantibus*. Es necesario además que el acontecimiento haga para el deudor la ejecución tan difícil y onerosa, que constituya una lesión desproporcionada con la ventaja prevista por él en el contrato. Se requiere, en fin, que el acreedor no haya pagado de antemano la eventualidad excepcional del contrato por la naturaleza de la operación hecha o las estipulaciones particulares del contrato" *[La regle morale dans les obligations civiles*, núms. 86-87, 2ª y 4ª edición].

499 *bis*. *Revisión del contrato según Ripert et Boulanger.* "La revisión del contrato se pide en realidad, no por causa de imprevisión, sino porque el equilibrio de las prestaciones que existía en el día de la celebración del contrato se ha encontrado roto en el curso de su ejecución. Hay aquí una lesión posterior al contrato. Poco importa, en consecuencia, que las partes la hayan previsto o no. Una consideración de justicia conmutativa es la que hace pedir la revisión. La regla se establece contra la fuerza obligatoria del contrato. Pero si la lesión no se toma en consideración al celebrarse el

contrato, salvo en ciertos casos excepcionales, ¿cómo podría admitirse que una lesión posterior al contrato pueda reducir el contrato a la nada? El deudor no puede pretender que el cumplimiento es demasiado oneroso para él. El acreedor que reclama el cumplimiento de la obligación prometida no comete ningún abuso de derecho puesto que se prevale de un derecho definido y no lo ejercita para perjudicar a otro. Tampoco hay enriquecimiento sin causa, puesto que el enriquecimiento tiene su causa en el contrato. Parecía pues imposible atacar la fuerza obligatoria del contrato, bajo el pretexto de que las obligaciones estipuladas se encuentran, por efecto de circunstancias excepcionales, singularmente agravadas o aligeradas después de la celebración del contrato." [T. II, núm. 463.]

500. *Reconocimiento de la noción de imprevisión por Bonnecase.* Este autor, en el citado *Suplemento*, considera que el Código Civil Francés no admite la noción de imprevisión con sus consecuencias, ni de una manera directa, ni por vía indirecta e implícita al amparo de ciertos textos [t. III, núm. 310]. Propone como solución del problema de la imprevisión la siguiente: "Consideramos que la noción de imprevisión está admitida por el Derecho Civil actualmente en vigor... al amparo del papel permanente de la noción de Derecho en el desarrollo del Derecho positivo. Estimamos, además, que lejos de ponerse en pugna con los textos del Código Civil, esta solución se concilia con las directivas generales que se desprenden de ellos" [t. III, núm. 314]. A continuación examina las aplicaciones de la noción de imprevisión en los artículos 1244 y 565 del Código Civil Francés; el primero da al juez la facultad de conceder al deudor plazos para el pago, y el segundo proclama que el derecho de accesión cuando tiene por objeto dos cosas muebles que pertenecen a dos dueños diferentes, está enteramente subordinado a los principios de la equidad natural [t. III, números 314 y 315]. Después el autor se refiere al artículo 1135 del Código Francés, según el cual los convenios obligan a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la Ley dan a la obligación según su naturaleza [t. III, núm. 315]; los artículos concordantes de nuestros Códigos, según hemos visto en el número 489 de este libro, no contienen la palabra equidad. En vista de las observaciones hechas, no podemos razonar en Derecho mexicano, como lo hace Bonnecase en Derecho francés.

501. *Opiniones adversas a la teoría de la imprevisión.* De acuerdo con la jurisprudencia francesa, no aceptan la teoría de la imprevisión Colin et Capitant, Hémard y Planiol. Los primeros consideran que debe mantenerse el principio saludable del respeto debido al contrato [t. II, núm. 83]; el segundo cree que el Código Civil Francés aparta esa teoría por la fórmula tan clara de su artículo 1134, párrafo primero, responde al argumento basado en la equidad, diciendo que cada uno contrata a sus riesgos y peligros, después de madura reflexión, aprovechando la buena suerte y sufriendo la mala y, agrega, que la teoría de la imprevisión encontraría difi-



cultades de aplicación considerables porque no se sabe cómo limitarla [t. II, núms. 1303-1304]; y el tercero dice que es muy difícil dar a los tribunales el poder de suprimir o modificar las obligaciones contractuales, por las razones indicadas en el número 496 de este libro. Agrega Planiol, que la jurisprudencia belga se ha pronunciado en el mismo sentido que la francesa, y que la Corte de Apelación de Bruselas, así como la Corte de Casación, han declarado que corresponde únicamente al legislador ordenar la revisión de los contratos en presencia de circunstancias económicas extraordinarias. Así se ha procedido en Francia, expidiéndose varias leyes que modifican las condiciones de cumplimiento de los contratos celebrados antes de la guerra 1914-1919, como puede verse en Hémard [t. II, número 1307] y en Planiol [t. II, núm. 1168 *ter.*]. De manera semejante se procedió en México, después de la circulación del papel moneda, en las Leyes llamadas de moratoria y de pagos que estudiaremos después.

501 *bis. Trabajos de la Semana Internacional de Derecho en París, 1937.* El tomo II de estos trabajos se ocupa de la revisión de los contratos por el juez. De este libro vamos a transcribir los párrafos más importantes, a nuestro juicio, I. *Relación general por Niboyet.* "Por revisión entendemos las modificaciones susceptibles de ser aportadas a un contrato por el juez, quien sustituye un objeto más o menos diferente al que había sido estipulado inicialmente. La cuestión supone, pues, un poder reconocido por la Ley al juez de manera permanente... en presencia de circunstancias determinadas... El juez francés tiene... el poder de tener en cuenta la buena fe, a la cual lo remite el Código Napoleón expresamente. Los contratos se cumplen de buena fe [art. 1134, párrafo 3]. Sin embargo, esto no le permite revisar el contrato, es decir, substituir la voluntad de las partes por la suya, lo cual es contrario a la idea misma de la celebración de un contrato: un acuerdo de dos voluntades sobre cierto objeto. Cuando el juez puede rehacer un contrato no hay verdaderamente un contrato, sino una obligación legal que ocupa el lugar de la que existía... Llamemos francamente a las cosas por su nombre: el contrato revisado no tiene de contrato sino el nombre... Es pues la técnica del contrato la que se ha opuesto en Francia a la imprevisión, hasta aquí... Esto no quiere decir que los contratos deban sempre cumplirse; pero entonces corresponde al legislador, interviniendo y encargando al juez ejecutar su pensamiento, hacer la novación de la obligación contractual en una obligación que será puramente legal, novación que pueden justificar las circunstancias especiales. Pero esto es tan grave y esas circunstancias son tan raras que no hay que confiar al juez de manera permanente un poder semejante" [págs. 1 a 13]. II. *Relación de Lalou.* "La revisión de los contratos por el juez plantea un problema nacido del conflicto de dos principios: el respeto a la palabra dada, y la justicia contractual. Si el deudor tiene el deber de mantener la palabra dada —la fe jurada—, el acreedor ¿no tiene también el deber de respetar la justicia cuando el cumplimiento estricto y completo del contrato puede aparecer

inicuo? ¿El juez tiene el poder de tratar de conciliar estos dos principios igualmente indispensables al orden social pero que en esta circunstancia se oponen?... para delimitar bien el campo de este estudio, precisemos que no se trata del papel del juez en la formación del contrato y de la protección de los débiles; se trata exclusivamente de saber si, una vez celebrado correctamente el contrato, el juez puede corregirlo o enmendarlo por razones de equidad... Los autores cristianos son los primeros que han enseñado que el *vinculum fraternitatis*, existente entre los hombres, engendra el deber para el deudor de ser fiel a la fe jurada y para el acreedor de respetar la justicia. Templar la fuerza obligatoria del contrato por la consideración de lo justo, tal es, en materia contractual, la doctrina constante de los padres de la Iglesia: San Ambrosio, San Agustín, Santo Tomás de Aquino... El Código Civil ha querido restringir el arbitrio que el juez tenía en el antiguo Derecho y asegurar la estabilidad de los contratos, aunque debiese por ello sufrir la equidad... En suma, el Código Civil parece atenerse a la rigidez del contrato proclamada por el artículo 1134... En el conflicto señalado al principio de este estudio, entre el respeto de la palabra dada y la equidad, el primero, que había estado triunfante en el Código Civil, pierde terreno. Hay que lamentarlo y repetir la palabra célebre: Dios nos preserve de la equidad de nuestros Parlamentos" [págs. 45 a 55]. III. *Conclusiones del Presidente Ripert.* "Desde luego hay el peligro de dar a un poder judicial que carece de guía y de dirección un poder que es casi ilimitado para hacer la revisión... no sé, si se dejara a los Tribunales en libertad de revisar los contratos, de acuerdo con las circunstancias económicas, si no abusarían de estos poderes... Y después, hay otra cosa y es mi máxima objeción: dando al juez el poder de revisar el contrato conforme a la buena fe, se despierta en los contratantes esta inmensa esperanza: no estar obligados, y esta buena fe del legislador engendra la mala fe del contratante... Estos son mis queridos colegas, los peligros que os quería señalar. No hay cuestión por el momento, puesto que todos los oradores se han declarado firmemente adictos a la fuerza obligatoria del contrato..." [págs. 215 a 217].

502. *Conclusión.* El problema llamado de la imprevisión, como cualquier otro problema jurídico, puede considerarse desde dos ángulos que no siempre coinciden: desde el punto de vista del Derecho ideal y desde el punto de vista del Derecho positivo.

Según el Derecho ideal, la fuerza obligatoria del contrato debe templarse por la consideración de lo justo. Pero no se llega a esta solución dando al juez el poder de revisar los contratos. Esta facultad debe quedar reservadas al legislador para que la ejerza en circunstancias excepcionales. En cuanto a nuestro Derecho Civil positivo, hay que recordar que el Código de 1884, en su artículo 1419, previno: "Los contratos legalmente celebrados serán puntualmente cumplidos", y que la idea contenida en este artículo se encuentra también en el artículo 1796 del Código de 1928, que dice: "Los



contratos... obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado..." [véase el núm. 486 de este libro]. Como los artículos del Código Napoleón, citados por Demogue y por Bonnecase en los números 498 y 500 de este libro no se encuentran en nuestro Derecho, salvo lo relativo al término de gracia aceptado por el artículo 404 del Código de Procedimientos Civiles [véase núm. 481, t. II, de este libro], no cabe sostener la existencia de un principio general de derecho, favorable a la revisión del contrato por el juez. Esta le queda reservada al legislador y veremos su aplicación al estudiar nuestra legislación de moratoria y de pagos.

## TÍTULO DUODECIMO

# LOS EFECTOS DE LOS CONTRATOS CON RELACION A TERCEROS

### CAPÍTULO PRIMERO

*El problema en el Código de 1884*

## SECCION 1ª EL PRINCIPIO TRADICIONAL

503. *Derecho Romano.* Comentando Ortolan el párrafo IV, título XIX, libro III, de las *Institutas* de Justiniano, se expresa en estos términos: "Es un axioma general, aceptado en la doctrina: *Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest* (lo hecho entre unos no puede perjudicar ni aprovechar a otros) sacado... por inducción... de los fragmentos de Derecho Romano... La consecuencia es que si nuestra intención al formar un contrato... ha sido no obligarnos, sino obligar a un tercero; o bien en sentido inverso no ligar a la parte contratante para con nosotros, sino ligarla para con un tercero, el acto será nulo. No habremos adquirido o contraído ninguna obligación ni para nosotros, porque no lo hemos querido, ni para el tercero, porque no lo hemos podido" [t. III, núm. 1336].

504. *El Código Napoleón.* Este Código, en su artículo 1165, reproduce el principio del Derecho Romano, con una excepción, diciendo: "Los convenios no tienen efecto sino entre las partes contratantes; no perjudican a los terceros y no les aprovechan sino en el caso previsto por el artículo 1121."

505. *Proyecto de Código Español.* Concuerda con el artículo 1165 del Código Napoleón, el primer párrafo del artículo 977 del Proyecto de Código Civil Español, comentado por García Goyena, que dice: "Los contratos sólo producen efecto respecto de las partes entre quienes se otorgan."

506. *Código de 1884.* Este precepto lo adopta substancialmente nuestro Código de 1884 en su artículo 1277, diciendo: "Los contratos sólo obligan a las personas que los otorgan." Debemos, pues, entender que la obligación a que se refiere este texto es la que consiste en el vínculo de derecho [según el principio del título XIII, libro III de la *Instituta* de Justiniano], es la relación jurídica entre acreedor y deudor, relación que, como sabemos, se llama obligación, considerada tanto del lado pasivo cuanto del lado activo [véanse núms. 6, 8 y 9 de este libro]. Es decir, los contratos sólo establecen relaciones obligatorias entre los contratantes, no con los terceros.



## SECCION 2ª LOS TERCEROS

507. BIBLIOGRAFIA. PLANIOL, tomo II, núms. 1172-1180 *bis*; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XII, núms. 210-226; LAURENT, t. XVI, núms. 1-18.

508. *Quién es tercero.* "De manera general hay que entender por tercero toda persona que no ha participado en el contrato y que no ha sido válidamente representada en él" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, número 581].

509. *Los representados.* Se deben considerar como otorgantes, para el efecto del citado artículo 1277, a quienes han estado representados en el contrato por una persona que ha obrado en su nombre [Planiol, t. II, número 1172]. Cuando estudiamos la materia de representación vimos que los contratos que celebran los representantes producen sus efectos en el patrimonio de los representados. Estos no son, pues, terceros.

510. *Los sucesores universales.* Recibiendo el patrimonio entero de su autor, se encuentran, en principio, en la misma situación que él; lo suceden a la vez en sus obligaciones y en sus créditos. El efecto de un contrato celebrado por una persona que muere es, pues, el mismo para sus herederos que para el difunto [Planiol, t. II, núm. 1176]. Esta transmisión hereditaria de los créditos y de las deudas, está reconocida en los artículos 1420, 3227, 3235, 3339 y 3701 del Código de 1884. Los herederos no son, pues, terceros ajenos a los efectos del contrato.

511. *Los sucesores particulares.* Estos son terceros. El crédito o la deuda del que contrata no pasa a su causahabiente a título particular [Planiol, t. II, núm. 1178]. Ejemplo: *A* celebra un contrato con *B*, para que éste, mediante una remuneración, le haga en su casa ciertas obras. Después *A* vende la casa a *C*. Este no adquiere el derecho ni la obligación que *A* tiene respecto de *B*. Una excepción al principio enunciado la encontraremos en el contrato de arrendamiento [artículo 3024 del Código de 1884, y art. 2409 del Código de 1928. Otro caso de excepción es la obligación real, véase núm. 26 de este tomo].

Sin embargo, todo contrato por el cual el enajenante ha disminuido o modificado su derecho sobre la cosa antes de la enajenación, es oponible

al adquirente de esta cosa, con la reserva de publicidad, cuando la Ley la exige. Pero se ve que este efecto de los contratos que afecta al causahabiente particular no es en realidad relativo a las obligaciones: el comprador de un bien no queda subrogado como deudor en lugar de su autor; recibe solamente como propietario un derecho ya disminuido o modificado [Planiol, t. II, núm. 1179].

## SECCION 3ª LA OBLIGACION POR OTRO

512. BIBLIOGRAFIA. PLANIOL, t. II, núms. 1017-1025; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XII, núms. 128-144; PLANIOL-RIPERT et ESMEIN, tomo VI, números 47-53.

513. *La regla.* De acuerdo con el principio expuesto, es evidente que los contratantes no pueden crear una obligación a cargo de un tercero ajeno al contrato [Planiol, t. II, núm. 1018].

514. *Promesa de "porte-fort".* Un contratante puede obligarse para con el otro a hacer lo necesario para lograr que un tercero le dé una cosa o ejecute algún hecho a su favor: es lo que los franceses llaman promesa de *porte-fort* [Planiol, t. II, núm. 1020]. En tal caso, el primero contrae una obligación de hacer, de ejecutar un hecho propio, sin que pretendan los contratantes que nazca una obligación a cargo del tercero y por lo mismo el contrato es válido.

## SECCION 4ª LA ESTIPULACION A FAVOR DE TERCERO

515. *Derecho Romano.* Ortolan, en el comentario al que nos hemos referido en el número 503, se expresa así: "La regla general es que no se puede estipular para otro: *Alteri stipulari nemo potest.* Es decir, que no se puede válidamente estipular que se dará o hará alguna cosa a otro. Lo que significa no solamente que el tercero para quien se ha estipulado no tendrá acción, esto no hay para qué decirlo, puesto que es extraño al contrato, sino que aun el estipulante no tendrá ninguna acción... Y el motivo repetido frecuentemente en los textos es que el estipulante no tiene ningún interés... De donde se deduce que, en el caso en que el estipulante tenga interés, la estipulación será válida... Esto quiere decir, no que el tercero tendrá la acción que resulta de esta estipulación, porque es extraño a ella, es para él *res inter alios acta,* sino que el estipulante podrá obrar en virtud de su propia estipulación para obligar al promitente a dar al tercero o hacer para el tercero lo que ha prometido... Por ejemplo, estoy obligado, por una causa cualquiera, a hacer construir una casa a Ticio; estipulo de alguno que él se la construya; esta estipulación es válida y yo tendría



acción contra el promitente para que cumpla su promesa, porque yo tengo interés en ella" [núm. 1338]. El mismo autor, comentando el párrafo IV del mismo título, en el que se expone el caso de una persona que promete dar algo a mí o a Seio, se expresa en estos términos: "es verdaderamente y en totalidad para mí como he estipulado la cosa prometida. Seio no está indicado sino para la ejecución, como pudiendo recibir válidamente por mí el pago... Se le nombra *solutionis gratia* o *solutionis causa adjectus*... La obligación no es adquirida sino para mí, estipulante... yo sólo tengo la acción... El promitente tiene el derecho de pagar válidamente a Seio, aun a pesar mío...; porque no está ligado sino en los términos de la estipulación. No podría yo, pues, en este caso, como en el mandato ordinario, revocar la especie de poder conferido a Seio... En cuanto a Seio, es extraño a la estipulación; ella no puede, pues, ligarlo ni ligar a ninguna otra persona para con él... [núm. 1339].

En los últimos tiempos del Derecho Romano se establecieron algunas excepciones particulares al principio expuesto, por ejemplo, el donante podía imponer al donatario la obligación de entregar la cosa donada a un tercero, el cual tendrá, llegado el caso, una acción útil contra el donatario [Maynz, t. II, párrafo 206, págs. 188 a 190].

516. *Leyes de Partida.* El principio de que venimos tratando pasó del Derecho Romano a las Leyes VII y X, título XI, Partida quinta.

517. *Código Napoleón.* Este Código, después de establecer en el artículo 1119, que en general no puede uno estipular en su propio nombre, sino para él mismo, agrega en el artículo 1121, la excepción que sigue: "Se puede igualmente estipular en provecho de un tercero, cuando tal es la condición de una estipulación que se hace para sí mismo o de una donación que se hace a otro. Aquel que ha hecho esta estipulación no puede ya revocarla si el tercero ha declarado querer aprovecharse de ella." Sigue el ejemplo del Código Napoleón el Código Italiano en sus artículos 1128 y 1129.

518. *Proyecto de Código Español.* Este Proyecto, comentado por García Goyena, en su artículo 977, segunda parte, dice: "Sin embargo, si en el contrato se hubiere estipulado alguna ventaja en favor de un tercero, éste podrá exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiere aceptado y hécholo saber al obligado antes de ser revocada."

519. *Código de 1884.* Sabemos que el Código Francés y el Proyecto de Código Español, se tuvieron a la vista, y sus doctrinas se siguieron a menudo, por las Comisiones que redactaron el Código Civil de 1870 repetido en la materia de que se trata por el Código de 1884. El hecho de que este Código sólo haya reproducido en su artículo 1277 el principio general, tal como venía desde el Derecho Romano y existe en el artículo 1119 del Código Napoleón y en el artículo 977, primera parte, del Proyecto de Código Es-

pañol, y que no haya introducido la excepción consignada en los artículos 1121 del Código Napoleón y segunda parte del artículo 977 del Proyecto de Código Español, comentado por García Goyena, es una prueba de que esta excepción no ha sido admitida por nuestro legislador y, en consecuencia, podemos afirmar que el principio adoptado por el Código de 1884, es el de que el tercero no puede exigir el cumplimiento de la obligación contraída por otra persona en un contrato en el que aquél no ha sido otorgante.

La circunstancia de que *C* y *D* estipulen que el pago deberá hacerse a *A*, sólo significa que *A* es una persona designada para recibir el pago, de conformidad con lo previsto en el artículo 1541 del Código Civil, pero no que tenga derecho para exigir el pago [véase en este sentido, Laurent, t. XVII, núm. 521] y que *D* no puede exigir a *C* que le pague a él en vez de pagar a *A*.

520. *Caso práctico. Antecedente.* Mi estudio denominado "Análisis del pacto por el que el comprador se obliga a pagar un crédito garantizado con hipoteca de la finca que compra", publicado en la *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho*, de mayo de 1921, tomo III, número 11, páginas 319 a 325, y en *Los Tribunales*, de 15 de noviembre de 1929, tomo VII, página 24.

*A* presta $ 10,000.00 a *D*, quien se obliga a pagárselos en un plazo determinado y garantiza el pago con hipoteca que constituye sobre la casa *X* de su propiedad. *A* tiene dos derechos: el derecho personal nacido del mutuo en contra de *D* para exigirle el pago del capital prestado y el derecho real de hipoteca, que podrá ejercitar en contra de cualquier poseedor de la finca, para obtener el remate de ésta y pagarse con el precio que se obtenga.

Después, *D* vende la casa *X* a *C*, en precio de $ 20,000.00, de los cuales *C* paga a su vendedor *D* $ 10,000.00 y conviene con él en que pagará a *A* los $ 10,000.00 que a éste le debe *D*, cuando se venza el plazo a que está sujeta la obligación. En virtud de este segundo contrato, *C* queda obligado para con *D*, de manera que éste tiene el derecho de exigir a *C* que le pague los $ 10,000.00 al tercero *A*. ¿Este puede exigir de *C* que le entregue los $ 10,000.00 considerándolo su deudor por la obligación que se contrajo en el segundo contrato? No, porque *A* no fue otorgante en este contrato. *A* conserva su derecho personal en contra de *D*. Asimismo conserva su derecho real sobre la casa *X*, que puede ejercitar en contra de *C* como poseedor de la casa, pero sin poder hacer efectivo su derecho sobre otros bienes de *C*.

En vano hará constar *A* posteriormente que acepta la obligación que en el contrato de compraventa contrajo *C* de pagar a *A* los $ 10,000.00 que a éste le debe *D*. No hay una policitación de *C*, dirigida a *A*, que éste pueda aceptar.

521. *Excepciones.* El principio enunciado tiene excepciones en el Código de 1884; así el tercero a favor del cual se estipula tiene un derecho



directo en contra del obligado en materia de seguros [art. 2709] y de renta vitalicia [arts. 2788, 2789 y 2796].

## CAPÍTULO SEGUNDO

### *El problema en el Código de 1928*

522. *El principio.* Los contratos establecen relaciones obligatorias entre los contratantes. Así es según el artículo 1796 y los artículos 1835 a 1838 que señalan los caracteres de las diversas especies de contratos.

523. *Quién es tercero.* Aquí hay que dar por reproducido lo dicho en el número 508 del capítulo anterior.

524. *Los representados.* Estos no son terceros, sino que son quienes quedan obligados por los contratos que en su nombre celebran sus representantes, como lo hemos visto al tratar de la representación.

525. *Los sucesores universales.* Les es aplicable lo expuesto en el número 510 del capítulo anterior, estando reconocida la transmisión hereditaria de los créditos y de las deudas en los artículos 1281, 1284 y 1288 del Código vigente.

526. *Los sucesores particulares.* Acerca de ellos nos remitimos a lo expuesto en el número 511 del capítulo anterior.

527. *La obligación por otro.* Según el artículo 1796 del Código de 1928, los contratos se perfeccionan por el consentimiento y desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes. No hay obligación contractual para el que no consienta en obligarse: "Un contrato no puede perjudicar a los terceros. Es una regla de buen sentido y de equidad" [Hémard, t. II, núm. 1236]. "Si una persona ha prometido el hecho de otra, su obligación no tiene valor; está atacada de ineficacia absoluta; el estipulante nada puede reclamar al promitente, puesto que éste a nada se ha obligado personalmente; nada puede reclamar al tercero, puesto que éste nada ha prometido y no ha dado mandato de prometer en su nombre" [Planiol, t. II, número 1018].

528. *Promesa de "porte-fort".* Nos remitimos a lo dicho en el número 514 del capítulo anterior.

529. *Estipulación a favor de tercero.* De esta estipulación nos ocuparemos al tratar de la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones.

CAPÍTULO TERCERO

*Situación jurídica nacida del contrato*

529 *bis. Creación por el contrato de una situación jurídica nueva.* El contrato efectúa una función económica de cambio. Modifica la composición del patrimonio de una persona: por ejemplo, opera una transmisión de la propiedad o constituye un derecho real. Las personas que están en relaciones jurídicas con el titular de ese patrimonio se aprovechan o sufren por las modificaciones intervenidas. En este sentido el contrato produce efectos respecto de los terceros. El hecho de que una persona llegue a ser acreedora o deudora por el efecto del contrato es susceptible de interesar a todos aquellos que son o lleguen a ser sus propios acreedores o deudores. [Ripert et Boulanger, t. II, núm. 558.]

529 *ter. Oponibilidad del contrato.* La oponibilidad del contrato es la facultad para un contratante de prevalerse de la existencia de ese contrato y de los efectos jurídicos que de él dependen respecto de las personas que no han sido partes en él. Por ejemplo, un adquirente opone su contrato de adquisición a otro adquirente del mismo bien. La inoponibilidad es, a la inversa, la imposibilidad de prevalerse de un contrato válido respecto de aquellos que no han sido partes en él. La Ley subordina en muchos casos la oponibilidad a cierta publicidad destinada a prevenir a los terceros. Las relaciones entre las partes con los terceros son muy variadas, las hipótesis susceptibles de presentarse muy numerosas [Ripert et Boulanger, t. II, núms. 559 y 560]. Estas hipótesis las estudiaremos cuando vayamos adelantando el estudio de las obligaciones contractuales y al estudiar los contratos civiles en particular.

*SEGUNDA PARTE*

# LAS FUENTES EXTRA CONTRACTUALES

TÍTULO PRIMERO

## LA DECLARACION DE LA VOLUNTAD

CAPÍTULO PRIMERO

*Generalidades*

530. BIBLIOGRAFIA. (De la primera edición de este libro). SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation*, etc., núms. 140-144; *Code Civil Allemand, traduit et annoté*, comentario de SALEILLES, t. I, pág. 429; SCIALOJA (A.) "La dichiarazione unilaterale di volontá comme fonte de obbligazioni" (*Saggi di vario Diritto*, t. I, págs. 59-107); PACCHIONI, *Lezioni Diritto Civile*, "La obbligazioni", parte generale, págs. 196-208; BEVILAQUA, *Direito das obrigaçoes*, párrafos 75-78; GENY, *Méthode d'interprétation*, etc., t. II, número 172 *bis;* COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 170-174; PLANIOL, t. II, números 831-834; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, t. VI, núms. 8-11; DEMOGUE, t. I, números 18-21; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XII, núm. 28. Además, RIPERT et BOULANGER, t. II, núm. 1194.

### SECCION 1ª LA DOCTRINA TRADICIONAL

531. I. *Derecho Romano.* "El deudor no se encuentra obligado sin convenio sino en dos casos excepcionales: Uno, del Derecho antiguo, el voto, promesa a una divinidad que es obligatorio por sí misma, sin acuerdo de voluntades... otra del Derecho reciente, la policitación hecha a una ciudad, que en el Derecho Imperial es obligatoria por sí misma, cuando es hecha en virtud de una justa causa..." [Girard, pág. 480].

II. *Derecho Canónico.* Este Derecho ha proclamado también la fuerza de las promesas hechas a Dios [Baudry-Lacantinerie et Barde, tomo XII, número 28].

III. *Derecho Francés.* *a)* Pothier decía: "No puedo por mi promesa conceder a alguno un derecho contra mi persona hasta que su voluntad concurra para adquirirlo, por la aceptación que haga de mi promesa" *[Traité des obligations,* t. I, núm. 4].

*b)* Laurent se expresa así: "¿De dónde nacen las obligaciones? El Código responde a esta cuestión en dos títulos diferentes. En el título III trata de las obligaciones convencionales, es decir, de las obligaciones que tienen su fuente en los convenios... Hay, en segundo lugar, obligaciones que se forman sin convenio... Unas de ellas resultan de la autoridad sola de la Ley, las otras nacen de un hecho personal de aquel que se encuentra obligado... Estos hechos son los cuasi contratos, los delitos y los cuasi delitos" [t. XV, número 425]. En el propio tomo, el mismo autor agrega: "Se da el nombre de policitación a la oferta que no está aún aceptada. La policitación no obliga a aquel a quien ha sido hecha la oferta mientras no es aceptada" [núm. 469].

*c)* Demolombe, se expresa en términos semejantes a los de Laurent *[Traité des contrats,* t. I, núms. 9 y 63].

*d)* Del repertorio del Derecho Francés de Fuzier-Herman, Carpentier y Frerejouan du Saint, t. XXIX, palabra *obligations,* transcribo los párrafos siguientes: "4. Las obligaciones pueden derivar de cinco fuentes: el contrato, el cuasi contrato, el delito, el cuasi delito y la Ley... 15. Estas excepciones (se refieren a las del Derecho Romano) no han sido admitidas ni en nuestro antiguo Derecho ni en nuestro Derecho moderno. El principio según el cual la obligación no puede resultar sino de un acuerdo de voluntad entre dos o varias personas siempre ha sido considerado como esencial en nuestro Derecho Francés. En ningún lugar de su obra los redactores del Código Civil parecen haber sospechado que podía ser posible para un deudor crear una obligación a su cargo por su sola voluntad."

*e)* Baudry-Lacantinerie y Barde, dicen que los redactores del Código Napoleón "no parecen haber sospechado la posibilidad de una obligación creada por la sola voluntad del deudor", y agregan que aunque para Worms, en los contratos sinalagmáticos cada una de las obligaciones tendría únicamente por fuente la intención de aquel a quien incumbe, evidentemente no es posible transportar esta teoría a un comentario del Código Civil Francés [t. XII, núm. 28].

*f)* Planiol, refutando una idea nueva contraria a la tradicional, se expresa así: "No queda, como fuente posible de obligaciones voluntarias sino el acuerdo entre el acreedor y el deudor, es decir, el contrato" [t. II, número 832].

*g)* Ripert y Boulanger consideran que si en los casos de oferta de contratar, promesa de recompensa y títulos a la orden o al portador nace una obligación, ello se debe en el primer caso a la aceptación implícita por la persona a la cual se dirige la oferta, en el segundo caso a que la persona que ha cumplido con la condición prevista, por esto ha aceptado la oferta de recompensa y en los títulos a la orden o al portador, a que los consentimientos sucesivos de los interesados son dados por simples firmas sobre el título [t. II, núms. 1199-1201].



*h)* Planiol, Ripert et Esmein, por razones semejantes a las expuestas, opinan que la voluntad unilateral no debe ser considerada como fuente de obligaciones [t. VI, núms. 8-11].

IV. *Derecho Español.* *a)* Escriche, en su diccionario, palabra "Obligación", dice que: "Toda obligación nace o de la Ley o de un contrato o de un hecho personal y que las fuentes de las obligaciones son los contratos, cuasi contratos, delitos, cuasi delitos y la Ley."

*b)* En el Proyecto de Código Español, comentado por García Goyena, sólo se reconocen como fuentes de obligaciones el contrato [artículo 973 y su comentario], la Ley, los cuasi contratos, los delitos y la culpa o negligencia [arts. 1890 y siguientes].

*c)* Los señores Pérez González y Alger, opinan que no es reconocida en el Derecho Español la eficacia de la promesa unilateral, y que no se reconoce en ningún precepto de ese Código la fuerza obligatoria de la promesa unilateral no aceptada *[Tratado de Derecho Civil Allemand,* por Enneccerus, Kipp y Wolff, t. II, vol. I, pág. 140, nota].

V. *Derecho Portugués.* Cunha Gonçalves, tratando de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, se expresa así: "Aunque nuestro legislador en el número 4 del artículo 4º haya mencionado como fuentes de derechos y obligaciones el hecho y voluntad propia sin cooperación de otro y el mero hecho y voluntad de otro, es cierto que él sólo reguló, como ya vimos, como provenientes de estas fuentes, la ocupación, la posesión, el trabajo y la gestión de negocios. No es lo mismo creer que otra y más amplia fuese la intención del autor del Proyecto del Código, porque en su tiempo, ni la doctrina ni las legislaciones ni la jurisprudencia había admitido siquiera la posibilidad de que alguien quedara obligado para con otro en virtud de una declaración unilateral de voluntad. Sólo después de la publicación del Código Civil Alemán [arts. 104 y sigs.], fue cuando la doctrina entró a ocuparse de esta nueva fuente de obligaciones, pretendiendo con ella explicar, sobre todo, la obligación representada por el título al portador, la fundación y la oferta o promesa al público. ¿Será lícito al intérprete ante los citados números 2 y 4 del artículo 4°, admitir como obligatoria la declaración unilateral de la voluntad, o más rectamente, la voluntad única y aislada?, ¿será teóricamente exacta y prácticamente necesaria tal teoría? No vaciló en responder negativamente a estas dos preguntas."

VI. *Nuestros Códigos antiguos.* Ni en el Código de 1870, ni en el de 1884, se menciona la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones, es decir, esos Códigos adoptaron la teoría tradicional a que se refieren los párrafos anteriores, que era entonces la única conocida en México.

## SECCION 2ª LA TEORIA ALEMANA

532. *En qué consiste.* Según la teoría que se ha desarrollado por jurisconsultos de Alemania, uno puede estar ligado por la simple declaración de su voluntad. La mayor parte de los partidarios de esta teoría no admite este resultado sino en ciertos casos particulares [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 28].

533. *Primer Proyecto del Código Civil Alemán.* Saleilles, en su "Estudio sobre la Teoría General de la Obligación, según el primer proyecto del Código Civil para el Imperio Alemán" [párrafo núm. 142], se expresa así: "No admisión en principio de la declaración unilateral como modo de obligación." El proyecto tenía que tomar partido sobre la cuestión; podía o no admitir jamás la posibilidad de una obligación voluntaria que no fuera contractual, o admitirla siempre, según la intención del que se obliga, o en fin no admitirla sino excepcionalmente, en los casos fijados por la Ley. Esta solución mixta es la que adopta.

533 *bis. El Código Alemán.* En la obra denominada *"Code Civil Allemand, traduit et annote"*, se leen el artículo y el comentario de Saleilles, que respectivamente dicen: "Artículo 305. Para la formación de una relación de obligación por acto jurídico, como para toda modificación del contenido de una relación de obligaciones, se exije un contrato celebrado entre los interesados, mientras la Ley no dispone de otra manera." Esta afirmación de principio tiene por objeto excluir la obligación unilateral como modo de derecho común de formación de las obligaciones, en tanto que se trate de obligaciones nacidas de un acto jurídico... Sin embargo, se ha querido hacer alusión a los casos excepcionales admitidos por la Ley a fin de que fuese bien establecido, que, todas las veces que la Ley aceptara que una obligación naciera de una pura declaración unilateral de voluntad, sería permitido concebir la hipótesis como una derogación al principio del artículo 305 y como una aplicación de la idea de obligación unilateral [t. I, pág. 429]. Las derogaciones al principio enunciado en el Código Civil Alemán, son: la promesa de fundación [artículos 81 y 82 y *op. cit.*, t. I, págs. 65, 66 y 67]; oferta hecha con asignación de un plazo para la aceptación [art. 145 y *op. cit.*, t. I, págs. 167 y 168]; la promesa de recompensa [art. 657 y *op. cit.*, t. II, pág. 188]; la estipulación a favor de tercero [art. 328 y *op. cit.*, t. I, pág. 470]; título al portador [art. 793 y *op. cit.*, t. II, pág. 335].

El Código Civil Alemán ha ejercido su influencia en los Derechos Suizo y Brasileño y aun en algunos autores franceses, como se verá en los párrafos siguientes:

534. *Derecho Suizo.* "Al lado del contrato, dice Thur, que es la fuente principal de las obligaciones, se encuentran créditos que sacan su origen



de una declaración unilateral de voluntad o de un acto jurídico unilateral: las promesas públicas, la gestión de negocios sin mandato, los títulos al portador, artículo 846 y siguientes, el crédito proveniente de un legado, CC. art. 562" [Parte general del Código Federal de las obligaciones, t. I, párrafo 6, t. 38].

534 *bis. Derecho Brasileño.* El Código de Brasil dedica varios títulos a los contratos y, a continuación, en el título VI, denominado "De las Obligaciones por Declaración Unilateral de Voluntad" comprende dos capítulos: en el primero de ellos trata de los títulos al portador y en el segundo de la promesa de recompensa. Bevilaqua, en su *Derecho de las Obligaciones* [pág. 197], considera que la voluntad unilateral, además, engendra obligaciones por la promesa en los contratos, en las ofertas públicas y en la promesa de fundación.

535. *Autores franceses.*

*a)* Colin y Capitant, dicen que: "en principio la manifestación unilateral de voluntad no obliga a su autor; la obligación no toma nacimiento sino en el momento en que esta manifestación de voluntad es aceptada por aquel o aquellos a quienes es dirigida. Excepciones. A esta regla, hay sin embargo excepciones", y entre ellas se señalan la oferta de contratar con plazo expreso o tácito para la aceptación, la estipulación para otro y los títulos negociables [t. II, números 170-174, o bien, t. II, núms. 273-277 de la 10ª edición, enteramente refundida y puesta al día por Julliot de la Morandiere].

*b)* Demogue opina que "la promesa unilateral debe ser obligatoria solamente en la medida en que la psicología pública lo exige" [tomo I, núm. 18, pág. 57].

*c)* Geny, tratando de la libre investigación científica, expresa que "las necesidades de la vida jurídica requieren, no la consagración ciega y general, sino la realización efectiva por algunas aplicaciones juiciosamente escogidas y reguladas con acierto" [*Methode*, etc., t. II, núm. 172 *bis*, pág. 166].

536. *Observación.* Lo expuesto en esta sección demuestra que cuando la legislación o la doctrina han aceptado la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, ha sido en calidad de fuente especial, o mejor dicho excepcional, sólo en determinados casos, y no como fuente general.

537. *Nuestro Código de 1928.* Según el artículo 1796 de este Código, los contratos desde que se perfeccionan obligan a los contratantes al cumplimiento de lo expresamente pactado, etc., es decir, siempre que una persona quiere obligarse para con otra que acepta, queda obligada, si en el contrato se observan los requisitos legales. Así pues, el contrato es fuente general de las obligaciones.

Al contrario en nuestro Código vigente, no existe un precepto general que reconozca que siempre que una persona declare que quiere obligarse

dará nacimiento a una obligación; de manera que la voluntad unilateral, en nuestro Derecho, no es fuente general de obligaciones. En efecto, ya sabemos [véase el núm. 37 de este libro] que para la creación de una obligación no basta la voluntad, sino que se requiere además la regla de derecho en que se funde, y esa regla de derecho es la que no existe en el caso de la declaración unilateral de voluntad.

Aparte de la policitación [véase el núm. 128 de este libro], el Código vigente dedica un capítulo a la declaración unilateral de la voluntad, considerando como fuentes de obligaciones de esta naturaleza las ofertas al público, la estipulación en favor de tercero y la obligación en documentos civiles a la orden o al portador [véanse los artículos 1860 a 1881], así pues, en nuestro Código, la declaración unilateral de voluntad es fuente especial de obligaciones, que sólo es creadora de ellas en los casos en que la Ley así lo admite. En otros términos, nuestro Código ha procedido de acuerdo con la teoría del Código Alemán.

Esta verdad se ve corroborada en el libro denominado *Motivos, Colaboración y Comentarios del Nuevo Código Civil Mexicano*, por el Lic. Ignacio García Téllez, miembro de la Comisión Redactora del Código. En este libro, aparece inserta la exposición de motivos del Proyecto del Código, presentada al Secretario de Gobernación, documento en el que aparece el párrafo que dice: "La Comisión, de acuerdo con la opinión de los autores de los Códigos modernos y con la de notables publicistas, reglamentó las obligaciones que nacen por declaración unilateral de la voluntad, como son las ofertas al público, las promesas de recompensa, las estipulaciones a favor de tercero, los títulos al portador, etc., ya que estando generalizadas en nuestro medio era necesario ocuparse de ellas. Estas relaciones jurídicas no cabían dentro de la forma clásica de los contratos, porque se conceptúa que existe obligación de cumplir una oferta pública, de prestar la estipulación a favor de un tercero y la obligación que ampara el título al portador, aun antes de que aparezca claramente la voluntad del creador de la obligación, y no se comprende por qué una persona capaz de obligarse con otra, no pueda imponerse voluntariamente una obligación o constreñir su conducta, antes de que tenga conocimiento de que su oferta va a ser aceptada, de que el tercero admite la estipulación que lo beneficia o de que los títulos entren en circulación." Ahora bien, los Códigos modernos a los que se alude en el informe transcrito, son el alemán, el suizo de las obligaciones y el brasileño, y ya sabemos que en estos cuerpos de derecho la voluntad unilateral sólo es fuente excepcional de obligaciones. Los notables publicistas son los autores que hemos mencionado en esta sección, todos los cuales, como hemos visto, reconocen a la voluntad unilateral como creadora de obligaciones, sólo en casos especiales. Por lo mismo, se explica que la Comisión únicamente haya reglamentado como obligaciones que nacen por declaración unilateral de la voluntad, las mencionadas, que son las que están generalizadas en nuestro medio y a ellas se refiere todo el resto del párrafo que hemos copiado.



## SECCION 3ª OTRA TEORIA

538. *La declaración unilateral de voluntad como fuente general de obligaciones.* Rafael Rojina Villegas, en su libro denominado *Derecho Civil Mexicano* [t. V, vol. II, págs. 9 a 242], se ocupa de esta materia.

Prescindiendo de las consideraciones filosóficas, que están fuera de la naturaleza de este mi libro, voy a exponer sucintamente los argumentos de Rojina Villegas en párrafos precedidos de sus iniciales y la réplica que formulo en párrafos a los que preceden las iniciales mías.

*R. V.* "La cuestión más importante que se plantea respecto a la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones, consiste en determinar si realmente puede un sujeto, por su propia voluntad, autoobligarse" [pág. 9].

*B. S.* Yo creo que esta cuestión no es importante, "toda vez que —como se lee en la página 18 del libro de Rojina Villegas—, el Código Civil vigente acepta de manera expresa, entre las fuentes de las obligaciones, a la declaración unilateral de voluntad". El problema importante del cual también se ocupa Rojina Villegas, es el de saber si la declaración unilateral de voluntad es fuente particular o general de obligaciones.

*R. V.* "...no se ha reconocido ni en la doctrina, ni en la legislación ni en la jurisprudencia, que la declaración unilateral de voluntad lícita y con interés jurídico, sea por sí sola una fuente general de obligaciones. Es decir, en tanto que dentro de la esfera del contrato se reconoce al consentimiento o acuerdo de voluntades, potestad absoluta, siendo lícito, para crear y transferir derechos y obligaciones y lo propio se dice del convenio, para modificarlos o extinguirlos, tratándose de la declaración unilateral de voluntad, se regula un sistema bien distinto, negándole libertad y autonomía a la voluntad unilateral para crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones excepto en aquellos casos especial y expresamente determinados en la ley" [pág. 21]. Agrega que el radio de acción del contrato "no se ha reconocido y quizá no se reconozca a la declaración unilateral de voluntad" [pág. 25]. Expone las opiniones de A. Scialoja [pág. 130], Busso [pág. 132], Chabas [pág. 138] y Geny [pág. 128].

*B. S.* Estas opiniones son desfavorables al reconocimiento de la declaración de voluntad unilateral como fuente general de las obligaciones.

*R. V.* "...en tanto que en el contrato pierde su potestad absoluta, el principio de la autonomía de la voluntad, en la declaración unilateral ese principio se desenvuelve alcanzando una esfera de acción jurídica cada vez mayor, sin pretender con ello igualar o siquiera alcanzar en parte, la eficacia que tiene en el contrato" [pág. 24].

*B. S.* Esto es reconocer que la declaración unilateral de voluntad no es fuente general de obligaciones.

*R. V.* "...en el Derecho Mercantil, el desarrollo sorprendente de los títulos de crédito es la demostración más palpable del auge a que ha llegado

la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones. No obstante la citada evolución, el Derecho Civil fundándose en los principios clásicos del contrato, se ha manifestado como una legislación contraria a la voluntad unilateral, a pesar de que sea emitida por persona capaz y se proponga un fin posible y lícito. En nuestro Derecho Civil vigente, siguiendo en este aspecto a los Códigos de Brasil, Alemania y Suiza, sólo se ha reconocido en el capítulo consagrado a la declaración unilateral de la voluntad, como fuente de obligaciones cuatro formas: oferta al público, promesa de recompensa, estipulación en favor de tercero y expedición de documentos civiles a la orden y al portador" [pág. 30].

*B. S.* Adviértase, que todo lo anterior es adverso a la teoría de que la declaración unilateral de voluntad sea fuente general de las obligaciones.

*R. V.* "...las cuatro especies mencionadas no se enumeran en forma limitativa" [pág. 18].

*B. S.* Yo he demostrado lo contrario en la 2ª Sección de este mi libro.

*R. V.* "...de tal manera que es posible fundamentar la tesis de que existen además formas innominadas de declaración unilateral de voluntad" [pág. 18] "tienen que constituirse —dichas formas— por un procedimiento analógico. Por consiguiente, en aquellos casos en que la voluntad unilateral se proponga un fin lícito y posible y que no requieran necesariamente el consentimiento de las partes, podrán crearse obligaciones" [pág. 34]. Como bases del procedimiento analógico señala Rojina Villegas, estos casos: *a)* El reconocimiento de un hijo natural al ser presentado al oficial del Registro Civil, dentro del plazo que señala la Ley para esa presentación [pág. 39]. *b)* Creación de usufructo, servidumbres e hipoteca [págs. 35 y 36]. *c)* Transmisión de documentos al portador y a la orden [págs. 40 y 41]. *d)* Renuncia de derechos y su modificación [págs. 42 y 43]. *e)* Testamento [pág. 38]. ¿En nuestros derechos sólo son posibles las especies que regula la Ley?, ¿sin poder crear formas por analogía, sin poder suplir lagunas?, ¿no será posible generalizar, para deducir principios de los casos aislados que la Ley ha tomado en cuenta? [pág. 35].

*B. S.* Aquí, en realidad Rojina Villegas pretende, partiendo de preceptos particulares llegar a establecer un principio general. Ahora bien, hay que recordar [véase la introducción de mi libro] que según el artículo 14 constitucional y el artículo 19 de nuestro Código Civil vigente, cuando hay Ley, ésta debe aplicarse conforme a su letra o a su interpretación jurídica y solamente cuando falta la Ley cabe aplicar principios generales de Derecho. Y en el caso de que se trata no falta la Ley, existen los artículos relativos a voluntad unilateral, los cuales he interpretado jurídicamente llegando a la conclusión de que nuestro Código no considera a la voluntad unilateral sino como fuente excepcional o especial de obligaciones y no como fuente general. No hay laguna que llenar, aparte de que, entre los distintos preceptos legales citados por Rojina Villegas no existe la misma razón legal.



*R. V.* "...reafirmando la tesis de que nuestro Código en vigor admite a la declaración unilateral de voluntad como una fuente general de obligaciones y con un alcance que si bien no es tan amplio como el del contrato, sí tiene la posibilidad de amparar formas innominadas que le dan una mayor amplitud sobre el sistema alemán" [pág. 114].

*B. S.* Como se ve, aquí Rojina Villegas ya no dice, como en la página 34 de su libro, que la declaración unilateral de voluntad sea fuente general de obligaciones como lo es el contrato; sino que tiene un alcance menos amplio que éste, es decir, en realidad sólo la considera como fuente especial, aunque con amplio alcance.

*R. V.* "...no tenemos un precepto como el artículo 305 de dicho ordenamiento" (Código Alemán) [págs. 31 y 91].

*B. S.* Esta circunstancia carece de fuerza para concluir de ella que nuestro Código haya adoptado el principio de que la declaración unilateral de voluntad sea fuente general de las obligaciones. Lo contrario hemos demostrado en la 2ª Sección de este mi libro.

*R. V.* "...si existiera una norma de derecho que obligara a toda manifestación de voluntad con un objeto lícito y posible, esta fuente tendría el mismo alcance del contrato. Pero es el caso que no existe ese principio general (véase sin embargo lo que después diremos respecto al Código Civil del Estado de Morelos) y la ley sólo reglamenta formas determinadas para obligarse por declaración unilateral de voluntad" [pág. 26].

*B. S.* Nótese que en el párrafo precedente Rojina Villegas reconoce que no hay principio general.

*R. V.* "Sin embargo, existe en nuestro Derecho un precepto que debe ser meditado detenidamente, pues en nuestro concepto constituye una de las bases para que, tanto entre nosotros, como en aquellos derechos positivos que en este aspecto llevan el mismo ritmo de evolución, se elabore, en un futuro próximo, un régimen de declaración unilateral de voluntad que alcance un radio de acción muy superior al limitadísimo de la actualidad" [pág. 26].

*B. S.* Estas palabras se refieren a *lege ferenda*, no a la Ley vigente.

*R. V.* "...en efecto, el artículo 1859 de nuestro Código Civil vigente dice: Las disposiciones generales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos" [pág. 26] "contamos con el artículo 1859 (de nuestro Código Civil) que nos permite aplicar las reglas de los contratos a los demás actos jurídicos, precisamente en la materia relativa a las fuentes de las obligaciones, que es donde se encuentra comprendida esa disposición [pág. 31].

*B. S.* Recordemos que para que haya acto jurídico se requiere que produzca efectos jurídicos, como es el de crear una obligación, porque el Derecho lo tome en consideración para atribuirle consecuencias jurídicas [véanse núms. 35 y 38 de este mi libro]. Rojina Villegas en su *Derecho Civil* [tomo I, págs. 307 a 310], se expresa así: "Tres son los elementos

esenciales del acto jurídico: *a)* Una manifestación de voluntad... *b)* Un objeto física y *jurídicamente posible*. En los actos jurídicos debemos distinguir un objeto directo y en ocasiones un objeto indirecto. El objeto directo consiste en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones... *c)* El reconocimiento que haga la norma jurídica a los efectos deseados por el autor del acto. Si la norma jurídica no reconoce una cierta manifestación de voluntad, *no hay acto jurídico.*" El artículo 1859 del Código Civil de 1928, dice que las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a los convenios y otros actos jurídicos. Este precepto se refiere, evidentemente, a los actos jurídicos ya existentes, o sea a aquellos en los que se reúnen la voluntad y la norma de derecho que los haga producir efectos; faltando esa norma no se puede decir que haya acto jurídico al cual se aplique el artículo 1859. Y este es el caso de las declaraciones unilaterales de voluntad que quieran crear obligaciones, si les falta la Ley que les atribuya ese efecto creador. El repetido artículo no se refiere a los actos de sola voluntad, que son simplemente actos psicológicos, pero no jurídicos.

## CAPÍTULO SEGUNDO

## *Las ofertas al público*

539. *Tabla B*

C. v. 1860.—C. O. 7, párrafo 3°.
„ „ 1861.—C. B. 1512.—C. Al. 657.—C. O. 8.
„ „ 1862.—C. B. 1513.—C. Al. 657.
„ „ 1863.—C. B. 1514.—C. Al. 658.—C. O. 8.
„ „ 1864.—C. B. 1514.—C. Al. 658.
„ „ 1865.—C. B. 1515.—C. Al. 659.
„ „ 1866.—C. B. 1516.—C. Al. 661.
„ „ 1867.—C. Al. 661.

### SECCION 1ª OFERTA DE VENTA

540. *Su efecto obligatorio.* "El hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio, obliga al dueño a sostener su ofrecimiento" [art. 1860 del Código de 1928].

"La oferta es una declaración de voluntad que exige recepción, por la cual una persona propone a otra la celebración de un contrato... Por regla general, la oferta se dirige a una persona determinada y conocida del comprador, pero puede también dirigirse a toda persona que tuviere conocimiento de ella y que quisiere aceptarla. Un ejemplo de oferta de este género es... la exposición de mercancías con indicación del precio" [Tuhr, t. I, pág. 160, texto y nota núm. 6].



"La oferta puede estar acompañada de ciertas condiciones tácitas... Así, tratándose de objetos que están expuestos en un almacén con una etiqueta conteniendo el precio, se puede admitir que tácitamente el comerciante no ha querido venderlas al por mayor o a un intermediario" [Demogue, t. II, núm. 552].

### SECCION 2ª PROMESA DE RECOMPENSA

541. *Comentario de Bevilaqua.* "Alguien, por medio de anuncios públicos, promete una recompensa a quien ejecute un trabajo o cualquier otro acto indicado en la publicación. A esta relación jurídica es a la que se da el nombre de promesa de recompensa. Esta promesa liga al promitente, de una manera indeterminada, y por sí solamente, con quien quiera que ejecute el trabajo, en las condiciones estipuladas, siendo indiferente que el acto haya sido practicado en vista de las ofertas publicadas, salvo que el promitente hubiese expresamente exigido un acto a propósito realizado después y por cuenta de su solicitud... De cuanto queda expuesto, resulta que, en esta especie, la obligación resulta, simplemente, de la manifestación unilateral de voluntad del promitente. Y tanto es así que, si alguien cumpliere el acto pedido, no es ya posible la revocación de la oferta, so pena de indemnización de daños y perjuicios y eso antes de haber acuerdo o concurso. Si estuviere subordinada a un plazo, no podrá ser retirada antes del advenimiento del término respectivo" [párrafo 78, págs. 208-209].

542. *Comentario de Lévy-Ullmann.* "La promesa de recompensa, usada en la vida diaria de todos los tiempos, es una de las manifestaciones de la práctica cuya explicación teórica ha solicitado más vivamente el esfuerzo de los jurisconsultos. Ella ha parecido por mucho tiempo un desafío hecho a la lógica jurídica. ¿En virtud de qué fuente, en efecto, puede tenerse al promitente por obligado? ¿Es por el anuncio por el cual se ha obligado para con el público? Para adoptar esta solución, sería necesario admitir que la voluntad unilateral del promitente tiene el poder de ligarlo independientemente de toda adhesión que emane de otra persona. Ahora bien, antes de la célebre teoría de Siegel sobre la promesa unilateral como fuente de obligación, producida en 1874, era forzoso construir entonces la explicación sobre la idea de contrato. La promesa de recompensa aparecía, pues, entonces como una proposición de contrato dirigida a persona indeterminada que se fundaba sobre un convenio desde que una voluntad correspondiente venía a adaptarse a ella... Según él (Siegel), un compromiso obligatorio puede derivar de la manifestación unilateral de voluntad: el autor de la promesa está ligado por su palabra. No podría, pues, revocar esta promesa, una vez manifestada públicamente y la recompensa debería adquirirse por el beneficiario, independientemente de su voluntad personal, si el resultado premiado se había alcanzado por él objetivamente.

El primer proyecto, cuyas disposiciones han pasado al Código, desechando en principio la declaración unilateral como modo de obligación [Sal., *Obl.*, núm. 143 y *supra*, art. 305 y nota], ha consagrado, sin embargo, las teorías de Siegel, por excepción, en tres casos particulares, uno de los cuales es el presente... Sin embargo, no son consideraciones teóricas las que lo han guiado exclusivamente. El legislador alemán ha estado dominado por la idea eminentemente práctica de rodear de todo el crédito posible a las promesas de recompensa" *[Code Civil Allemand*, etc., t. II, págs. 186-188].

543. *Comentario de Enneccerus-Lehmann.* "El Código Civil, a través del párrafo 657, ha rechazado la teoría del contrato reconociendo la promesa pública como promesa unilateral vinculante... prescribe... que el premio puede ser exigido aunque el acto fuese ejecutado sin vistas a la promesa pública. La divulgación pública es esencial a la promesa. Pero para el concepto de la promesa pública es indiferente que ésta se dirija a todos o sólo a una determinada categoría de personas. La notificación ha de considerarse pública cuando es apta para llegar al conocimiento no sólo de determinadas personas, sino a un gran número de personas indeterminadas, siendo indiferente que acaso de hecho sólo llegue a conocimiento de pocas. Casi siempre la pública promesa se hace para la realización de un resultado, o sea, para una prestación de obra, por ejemplo, un invento o el descubrimiento de un crimen o para que se informe sobre una cosa perdida. Pero también puede ponerse como condición una prestación de servicios o cualquiera otra conducta, incluso una omisión... El promitente tiene que pagar el premio al que ha ejecutado el acto, aunque lo hiciera sin vistas a la promesa pública (art. 657)" [t. II, vol. II, párrafo 156, páginas 314-316].

544. *Textos legales.* Nuestro Código vigente contiene los artículos que, inspirados en los Derechos brasileño y alemán, son del tenor siguiente: "Artículo 1861. El que por anuncios u ofrecimientos hechos al público se comprometa a alguna prestación en favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio, contrae la obligación de cumplir lo prometido." "Artículo 1862. El que en los términos del artículo anterior ejecutare el servicio pedido o llenare la condición señalada, podrá exigir el pago o la recompensa ofrecida." "Artículo 1863. Antes de que esté prestado el servicio o cumplida la condición, podrá el promitente revocar su oferta, siempre que la revocación se haga con la misma publicidad que el ofrecimiento. En este caso, el que pruebe que ha hecho erogaciones para prestar el servicio o cumplir la condición por la que se había ofrecido recompensa, tiene derecho a que se le reembolse." "Artículo 1864. Si se hubiere señalado plazo para la ejecución de la obra, no podrá revocar el promitente su ofrecimiento mientras no esté vencido el plazo." "Artículo 1865. Si el acto señalado por el promitente fuere ejecutado por más de un individuo, tendrán derecho a la recompensa: I. El que primero



ejecutare la obra o cumpliere la condición; II. Si la ejecución es simultánea, o varios llenan al mismo tiempo la condición, se repartirá la recompensa por partes iguales; III. Si la recompensa no fuere divisible se sorteará entre los interesados."

## SECCION 3ª CONCURSO CON PROMESA DE RECOMPENSA

545. *Comentario de Enneccerus-Lehmann.* "El concurso con premio, o sea una promesa pública cuyo objeto es la opción a un premio [art. 661, párrafo 1], se distingue de la promesa pública corriente en que sólo se promete a aquellos que aspiren al premio y en que la decisión no se produce por la sola prestación del aspirante, sino sólo en méritos de la adjudicación del premio. Para los concursos con premio rigen algunas disposiciones especiales" [t. II, vol. II, pág. 317].

546. *Comentario de Lévy-Ullmann.* "El primer proyecto, y después de él el Código, han creído deber mencionar expresamente la hipótesis de apertura de un concurso (institución de premio, por ejemplo, para remunerar un trabajo artístico, científico, etc.), entre las disposiciones concernientes a la promesa de recompensa, de la cual no es sino una variedad, tanto para eludir toda dificultad de aplicación en esta materia, cuanto para establecer algunos principios especiales, que son: 1º, el establecimiento de un plazo, considerado como esencial, y que implica legalmente la irrevocabilidad del concurso... 2º, la designación de la autoridad encargada de fallar sobre las candidaturas y el resultado del concurso; la decisión de esta autoridad constituye una declaración de voluntad a la cual son aplicables los artículos 130 y siguientes... Parece, sin embargo, como Planck lo ha expuesto muy bien, que sería difícil tratarlo en todos los puntos como se trata al tercero encargado de la determinación de un objeto debido. El no tiene ciertamente que juzgar por su libre apreciación ni aun juzgar según lo que sería la equidad en sí, sino conforme a las condiciones del concurso, tales como se han fijado por quien ha instituido el concurso... 3º, la reglamentación de la propiedad de la obra entregada para la obtención del premio, la cual, en principio, queda perteneciendo al candidato... Estas dos últimas reglas pueden ser suprimidas en el acto de institución del concurso. La primera es imperativa y, por lo demás, resulta de la naturaleza de las cosas" *[Code Civil Allemand*, etc., t. II, págs. 191-192].

547. *Textos legales.* Inspirándose en los Derechos brasileño y alemán, nuestro Código vigente contiene los artículos que dicen: "Artículo 1866. En los concursos en que haya promesa de recompensa para los que llenaren ciertas condiciones, es requisito esencial que se fije un plazo." "Artículo 1867. El promitente tiene derecho de designar la persona que deba decidir a quién o a quiénes de los concursantes se otorga la recompensa."

## CAPÍTULO TERCERO

### *La estipulación a favor de tercero en el Código de 1928*

548. *Tabla B*

C. v. 1868.—C. Al. 328.
" " 1869.—(1ª parte).—C. Al 328.—Proyecto del mismo 412. P. F. I. 45.—C. O. 112.—C. E. 1257.
" " 1869.—(2ª parte).—C. Al 335.—C. O. 112.
" " 1870.—Proyecto del C. Al. 413 y 412.—C. Al. 328.
" " 1871.—(1ª parte).—C. N. 1121.—C. I. 1128.—C. Al. 328.
" " 1871.—(2ª parte).—C. Al. 333.—Proyecto del mismo 415. C. O. 112.—P. F. I. 45.
" " 1872.—Proyecto del C. Al. 416.—C. Al. 334.

549. BIBLIOGRAFIA. SALEILLES, en *Code Civil Allemand, traduit et annoté*, t. I, págs. 470-482; ENNECCERUS-LEHMANN, t. II, vol. I, párrafos 34 y 35, págs. 170-182; SALEILLES, *Etude sur la Théorie Générale de l'obligation*, etcétera, núms. 245-258; WINDSCHEID, vol. II, párrafo 316 *a*; SCHNEIDER et FICK, t. I, págs. 243-245; ROSSEL, t. I, núms. 236-242; TUHR, t. II, párrafos 82 y 83; PACCHIONI, *I contratti a favore dei terzi*; PACCHIONI, *Le Obbligazioni*, páginas 285-322; PACCHIONI, *Dei contratti in generale*, cap. XII, pág. 241; COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 122-137; PLANIOL, t. II, núms. 1209-1267; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, t. VI, núms. 352-368; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XII, núms. 145-178; JOSSERAND, t. II, núms. 270-318; DEMOGUE, tomo VII, núms. 759-919; LACROIX, *Etude d'une des sources de l'engagement sur soi-même a creancier indeterminé*, etc., págs. 65-216; *Proyecto franco-italiano*, art. 45 y su comentario en las páginas 67 y sigs.; VALVERDE, t. III, páginas 253-254; MANRESA, t. VIII, págs. 615-617; MACEDO PABLO, "La estipulación a favor de tercero", tesis, publicada en la *Revista de Ciencias Sociales*, de junio y agosto de 1926.

550. *Caracteres distintivos.* Al celebrarse un contrato, un contratante estipula de otro que éste ejecutará determinada prestación en favor de un tercero [art. 1868], al cual no representa el estipulante, sino que éste obra en nombre propio [Saleilles, *L'obligation*, núm. 246; Colin et Capitant, núm. 123; Winscheid, párrafo 316 *a*, nota 1; Tuhr, págs. 626-627; Enneccerus-Lehmann, pág. 171; Planiol, núm. 1210; Baudry-Lacantinerie et Barde, número 146].

551. *Efectos entre los contratantes.* Desde luego el contrato es válido entre los que lo celebran, o en otros términos, confiere al estipulante el derecho de exigir del promitente el cumplimiento de la obligación a favor del tercero [art. 1869, 2ª parte; Saleilles, *L'obligation*, núm. 246; Saleilles, en *Code Civil Allemand*, etc., págs. 480-482; Tuhr, pág. 637; Enneccerus-Lehmann, págs. 172-179].



552. *Efectos entre el promitente y el tercero.* Pero hay más, la estipulación hace adquirir al tercero el derecho de exigir del promitente la prestación a que éste se ha obligado [art. 1869, 1ª parte; Saleilles, en *Code Civil Allemand*, etc., pág. 470; Tuhr, pág. 625; Planiol, núm. 1260; Baudry-Lacantinerie et Barde, núms. 154-159; Enneccerus-Lehmann, página 172].

553. *Presunción legal.* Nuestro Código vigente, siguiendo las ideas de ciertos autores alemanes [Gierke, Goldschmidt, Martinius y Seuffert, citados por Pacchioni en su monografía, pág. 139], establece como regla general o como presunción que, cuando se hace una estipulación a favor de tercero se le quiere conferir y efectivamente se le confiere una acción directa para exigir el cumplimiento de la obligación. Esta presunción es salvo pacto expreso [el art. 1869 por error de imprenta dice "escrito" en lugar de "expreso"; véase en este sentido la monografía de Pacchioni, pág. 139] en contrario. Así es que puede convenirse en que sólo el estipulante podrá exigir el cumplimiento de la obligación [Baudry-Lacantinerie et Barde, núm. 164] o, por el contrario, convenirse expresamente en que sólo el tercero podrá exigir el cumplimiento de la estipulación hecha a su favor [art. 1870; Saleilles, en *Code Civil Allemand*, etc., pág. 471].

554. *Nacimiento del derecho del tercero.* Según los artículos 1869 y 1870 del Código, el derecho del tercero nace de la estipulación en el momento de perfeccionarse el contrato, y desde entonces, aun ignorándolo el tercero, adquiere una acción directa que entra en su patrimonio. [Saleilles, en el *Code Civil Allemand*, etc., pág. 470; Colin et Capitant, núm. 130; Planiol, núm. 1261].

Esto es semejante a la materia de sucesiones, en donde, al morir el autor se opera la transmisión de los bienes a favor del heredero, a reserva de que éste acepte o repudie la herencia, y si la acepta no hace sino ratificar el efecto ya producido por la Ley [Colin et Capitant, núm. 130; Tuhr, pág. 637; arts. 1288 y 1660 del Código de 1928].

El tercero puede rehusar la prestación estipulada a su favor y en este caso el derecho se considera como no nacido [art. 1871; Saleilles, en el *Code Civil Allemand*, etc., pág. 479; Enneccerus-Lehmann, pág. 179].

555. *Revocación de la estipulación.* El artículo 1871, establece que la estipulación puede ser revocada mientras el tercero no ha manifestado su voluntad de querer aprovecharla, y en tal caso, el derecho se considera como no nacido. Esto no implica la idea de una oferta que exija la aceptación del tercero. El derecho se habrá adquirido por este último, aun

ignorándolo; pero se habrá adquirido a título de derecho revocable [Saleilles, en el *Code Civil Allemand*, etc., pág. 472; Planiol, núm. 1247].

El derecho de revocación pertenece al estipulante; sin embargo, en el contrato podrá pactarse que se requiera el consentimiento de ambos contratantes [Colin et Capitant, núm. 133; Planiol, núm. 1248].

556. *Modalidades.* Los contratantes conservan la facultad de imponer al derecho del tercero las modalidades que juzguen convenientes, siempre que consten expresamente en el contrato. Podrán, por ejemplo, establecer que hasta determinado plazo será exigible por el tercero el cumplimiento de la obligación o una condición cualquiera, ya sea suspensiva o resolutoria [artículo 1870; Saleilles, en el *Code Civil Allemand*, etc., pág. 471; Windscheid, párrafo 316 *a*, núm. 3; Saleilles, *L'obligation*, núm. 254].

557. *Excepciones.* Según el artículo 1872 del Código, el obligado en la estipulación podrá oponer al tercero, salvo pacto en contrario, las excepciones derivadas del contrato, porque la obligación nace en el contrato [artículo 1868; Saleilles, *L'obligation*, núm. 258; Saleilles, en el *Code Civil Allemand*, etc., pág. 479; Planiol, núm. 1264].

558. *Caso práctico.* Es el que hemos analizado con arreglo al Código de 1884 en el número 520 de este libro y que ahora vamos a examinar a la luz del Código de 1928. Al celebrarse el contrato de compraventa de una finca, el comprador conviene con el vendedor en pagar un crédito a cargo de éste, que esté garantizado con hipoteca de la finca. Vemos aquí una estipulación a favor del acreedor hipotecario, quien puede exigir el pago al comprador, aunque no haya concurrido al contrato de compraventa ni haya aceptado la obligación contraída por el comprador. Si la acepta, entonces la estipulación hecha a su favor será irrevocable.

559. *Naturaleza jurídica de la operación.* ¿Cuál es la naturaleza de la operación por la cual dos personas contratando pueden hacer adquirir un derecho a un tercero? ¿Sobre qué principio, sobre qué noción elemental puede fundarse este resultado? Planiol, después de formular estas preguntas da a conocer varios sistemas doctrinales [núms. 1217-1226], de los que sólo vamos a referirnos a uno, que es el que ha ejercido influencia en nuestro Derecho vigente.

560. *La voluntad unilateral.* El Código de 1928, en el capítulo denominado "De la declaración unilateral de la voluntad", coloca los artículos relativos a la estipulación en favor de tercero. Esto quiere decir, que nuestro Código ha adoptado la teoría según la cual la fuente de la obligación del promitente para con el tercero es la voluntad unilateral de aquél, que no es de carácter contractual, sin dejar de reconocer que esta obligación nace en el contrato celebrado entre el promitente y el estipulante [Colin et Capitant, núm. 131, págs. 130-131].



## CAPÍTULO CUARTO

### *Los títulos de crédito a la orden y al portador*

561. *Antecedente.* Mi estudio denominado "Nociones elementales sobre los títulos de crédito a la orden y al portador", publicado en *El Foro*, revista de Derecho y Legislación, órgano de la Barra Mexicana, octubre de 1935 [t. XIV,, núm. 4, págs. 42-51].

562. BIBLIOGRAFIA "Commissione Ministeriale per la riforma della Legislazione Commerciale, presieuduta dal Prof. C. Vivante." *Progetto Preliminare per il nuovo Codice di Commercio*, págs. 103-108 y 330-334; "Commissione Reale per la riforma dei Codici, Sottocommissione B, Presidente D'Amelio." *Codice de Commercio, Progetto*, vol. I, págs. 169-175 y vol. II, números 185-192; VIVANTE, vol. III, núms. 952-1012 y 1437-1481; LACOUR et BOUTERON, t. I, núms. 1054-1157, y t. II, números 1285-1302; CAPITANT, *De la cause des obligations*, núms. 185-194; MESSINEO, *I titoli di credito*; ARCANGELI, *Teoria de los títulos de crédito* (traducción de Felipe de J. Tena); THALLER, *De la nature juridique du titre de crédit*; VICENTE y GELLA, *Los títulos de crédito en la doctrina y en el Derecho positivo*; CARNELUTTI, *Teoria Giuridica della circolazionne*; WAHL, *Traité théorique et pratique des titres au porteur*; BRUSCHETTINI, *Trattato dei titoli al portatore*; SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet du Code Civil pour l'Empire allemand*, núms. 267-292; ESTEVA RUIZ, *Los títulos de crédito en el Derecho Mexicano*; TENA, "Los títulos de crédito", *Anales de Jurisprudencia*, t. XIV, págs. 367-399, t. XV, núms. 257-293 y págs. 771-807; TENA, *Derecho Mercantil Mexicano*, t. II.

## SECCION 1ª IDEAS PRELIMINARES. NUESTRA ANTIGUA LEGISLACION

563. *Ideas preliminares.* El Derecho Comercial designa bajo el nombre de títulos negociables, títulos de crédito que, redactados en una forma determinada por la Ley (nominativos, a la orden, al portador) circulan más fácilmente que los créditos ordinarios [Capitant, *ob. cit.*, núm. 185]. La transmisión de los créditos que están incorporados en estos títulos se opera de maneras especiales. Los títulos nominativos se transmiten por medio de un traspaso inscrito en un registro del deudor; el título a la orden se transmite por endoso, que es una mención escrita al dorso del documento; los títulos al portador se transmiten por la simple tradición de ellos [Lacour et Bouteron, t. I, núms. 1054 y 1121, y t. II, núm. 1208]. El suscriptor de un título a la orden se obliga para con todos aquellos a los cuales el título sea endosado; asume una obligación directa hacia personas que no conoce, hacia terceros que no serán determinados sino más tarde, promete pagar a quien sea el último endosatario, al vencimiento. [Capitant,

*ob. cit.*, núms. 192 y 193]. El que suscribe un documento al portador se obliga para con el que le presente el título en la época fijada para su vencimiento [Lacour et Bouteron, t. I, núm. 1066].

564. *El Código de Comercio de 1889.* Este Código, en su artículo 75, fracciones XIX y XX, reputa actos de comercio: "XIX. Los cheques, letras de cambio o remesas de dinero de una plaza a otra, entre toda clase de personas; XX. Los vales u otros títulos a la orden o al portador, y las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se pruebe que se derivan de una causa extraña al comercio." Estas fracciones tienen por origen los párrafos del artículo 2° del Código de Comercio Belga, concebidos en estos términos: "La ley reputa actos de comercio: Las letras de cambio, mandatos, billetes u otros efectos a la orden o al portador; todas las obligaciones de los comerciantes a menos que se pruebe que tengan una causa extraña al comercio." Ahora bien, P. Namur, comentando dicho artículo 2°, se expresa así: "El artículo 2° reputa actos de comercio los billetes a la orden, sin hacer distinción alguna a este respecto. Poco importa, pues, que estén suscritos por un comerciante o para otra persona o que tengan una causa comercial o civil. En todos los casos, los billetes son actos de comercio, por esto, sólo que sean a la orden o transmisibles por vía de endoso, es decir, por una simple cesión escrita al dorso del título... En fin, de la misma manera, en los términos del artículo 2°, todos los títulos al portador son esencialmente comerciales, como los efectos a la orden de parte de aquellos que los han suscrito" *[Le Code de Commerce Belge*, 2ª ed., t. I, pág. 67, núm. 98 y 99. Lo mismo puede verse en *Encyclopedie du Droit Commercial Belge*, por G. Beltjens, 2e. éd., t. I, pág. 28, núms. 317 y 319]. El maestro J. Pallares, en su *Derecho Mercantil Mexicano*, enseña que: "La letra de cambio no sólo es mercantil por el hecho de ser el documento en que se consigna el contrato mercantil, sino también por su forma de transmisión o endosabilidad, pues debido a esta forma se convierte, como todos los documentos válidos y legales a la orden, en instrumento de crédito mediante las operaciones de descuento que pueden hacerse sobre ellos, vendiéndose y comprándose en el comercio como valores circulantes... todo documento al portador, ya sean los previstos por el Código (cheques, cartas de porte, según el art. 582), ya los autorizados por leyes especiales (acciones de sociedades anónimas, billetes de banco, etc.) desde el momento en que está legalmente expedido, es un documento mercantil, el derecho o la obligación que contiene es un valor fiduciario, un efecto de comercio que puede ser objeto, que está destinado a ser objeto de especulación mercantil, como valor fiduciario o como valor circulante. Por eso la fracción XX de nuestro artículo 75, declara mercantiles los títulos a la orden, los cuales no son conocidos ni aceptados por el derecho común" [págs. 1090-1091]. De lo expuesto resulta, con toda claridad, que según el Código de Comercio Mexicano, los documentos a la orden y al portador



eran de carácter comercial y no civil, que esta materia correspondía al Derecho Mercantil y no al Civil.

565. *El mismo Código.* Reconoce y reglamenta varios títulos a la orden: letras de cambio [art. 451 VI, y 460], libranzas, vales y pagarés [art. 545], certificados de depósito y bonos de prenda [art. 344], títulos al portador: cheques [arts. 553, frac. III, y 556] y títulos que pueden ser a la orden o al portador: cartas de porte [art. 582]y conocimientos [art. 781].

## SECCION 2ª NOCIONES FUNDAMENTALES SEGUN LA LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO

### I. Disposiciones generales

566. *Antecedentes de la Ley.* La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito vigente, fue expedida en 26 de agosto de 1932. Contiene ciertos artículos fundamentales que están inspirados principalmente en el Proyecto de Código de Comercio formado por la Comisión Real para la reforma de los Códigos (de Italia), subcomisión B para el Código de Comercio, al que designaremos por "Proyecto D'Amelio", y en el Proyecto Preliminar para el nuevo Código de Comercio redactado por la Comisión Ministerial para la reforma de la legislación comercial, al que designaremos por "Proyecto Vivante".

En la misma Ley, a imitación de los proyectos citados, las normas relativas a las especies de los títulos de crédito están precedidas por las normas generales de todos los títulos o de varias categorías de ellos *[Relación del Proyecto D'Amelio*, pág. 185].

567. *Cosas mercantiles.* El artículo 1° de nuestra Ley declara que son cosas mercantiles los títulos de crédito y que su emisión, expedición y las demás operaciones que en ellos se consignen son actos de comercio. En la Relación correspondiente del Proyecto de Vivante, se dice que siguiendo la clásica división entre personas, cosas y obligaciones, el proyecto después de haber tratado de los comerciantes y de las sociedades comerciales se ocupa de las cosas y entre ellas de los títulos de crédito [pág. 330]. En la *Relación del Proyecto D'Amelio* se lee: "La materia de los títulos de crédito está regulada en un libro aparte... Esta innovación, que consagra la importancia y la naturaleza particular de los títulos de crédito... se impone sobre todo por la conmistión del elemento real con el elemento obligatorio que es el carácter esencial de tales títulos... El elemento real prevalece aún sobre el obligatorio y lo domina" [pág. 185].

568. *Elementos esenciales.* Nuestra Ley,, en su artículo 5°, dice que "Son títulos de crédito, los documentos necesarios para ejercitar el derecho

literal que en ellos se consigna", reproduciendo casi textualmente el artículo 309 del *Proyecto Vivante* y el artículo 521 del *Proyecto D'Amelio*.

De los términos de este artículo resultan dos elementos o requisitos esenciales del título de crédito: la incorporación del derecho en el título y la literalidad del derecho.

569. *La incorporación del derecho en el título.* Este elemento resulta de las palabras "documentos necesarios para ejercitar el derecho" [en este sentido la *Relación del Proyecto D'Amelio*, pág. 187]. O en otros términos, se ha consagrado la regla que reconoce al título una influencia decisiva sobre la suerte del crédito, como si éste estuviese incorporado en el título, al menos mientras no se haya destruido *[Relación del Proyecto Vivante*, página 331].

Por lo mismo, se dspone en el artículo 17 de nuestra Ley [siguiendo al artículo 310 del *Proyecto Vivante]* que "El tenedor de un título tiene la obligación de exhibirlo para ejercitar el derecho que en él se consigna. Cuando sea pagado debe restituirlo."

Los efectos accesorios del principio de que se trata se ven en el artículo 18 de la Ley, concebido en estos términos: "La transmisión del título de crédito implica el traspaso del derecho principal en él consignado y a falta de estipulación en contrario, la transmisión del derecho a los intereses y dividendos caídos, así como de las garantías y demás derechos accesorios." Este artículo concuerda con el artículo 525 del *Proyecto D'Amelio* y con el 314 del *Proyecto Vivante*.

570. *La literalidad del derecho.* Este requisito aparece de las palabras "derecho literal que en ellos se consigna", lo cual quiere decir que el titular no puede hacer valer el derecho sino en los términos precisos en los cuales está mencionado en el título *[Relación del Proyecto D'Amelio*, página 187] y que el derecho del acreedor se mide por las palabras del título *[Relación Vivante*, pág. 331].

571. *La autonomía del derecho.* Hay un tercer requisito, también esencial, del título de crédito: La autonomía del derecho del poseedor de buena fe, legitimado según las diversas formas de circulación del título, lo cual quiere decir que tal poseedor así legitimado es inmune a las excepciones oponibles a los precedentes poseedores *[Relación D'Amelio*, página 187]. Este requisito está implícitamente reconocido en el artículo 8º de nuestra Ley, que enumera las únicas excepciones y defensas que pueden oponerse en contra de las acciones derivadas de un título de crédito, y en esa enumeración no están comprendidas las excepciones oponibles a los poseedores anteriores del título.

572. *Cita bibliográfica.* Sobre los tres caracteres enunciados de los títulos de crédito, puede verse Vivante [volumen III, núms. 953, 959 y 967], y Messineo [obra citada, volumen I, núms. 1 a 25].



## II. Títulos a la orden y al portador

573. *Forma de circulación.* Los títulos de crédito, según la forma de su circulación, pueden ser nominativos o al portador [artículo 21 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y artículo 525 del *Proyecto D'Amelio]*.

574. *Los títulos nominativos.* Son los expedidos a favor de una persona cuyo nombre se consigna en el texto mismo del documento [art. 23 de la Ley citada]. Según nuestra Ley [arts. 24 y 25], bajo el nombre de títulos nominativos se comprenden los que en doctrina se conocen como títulos nominativos y como títulos a la orden. Los títulos nominativos son transmisibles por endoso y entrega del título mismo [art. 26 de la Ley citada, y art. 547 del *Proyecto D'Amelio]*.

575. *Títulos al portador.* Son los que no están expedidos a favor de persona determinada, contengan o no la cláusula al portador [art. 69 de la Ley citada]. Estos títulos se transmiten por simple tradición [art. 70 de la Ley citada]. La suscripción de un título al portador obliga a quien la hace, a cubrirlo a cualquiera que se lo presente, aunque el título haya entrado a la circulación contra la voluntad del suscriptor, o después de que sobrevenga su muerte o incapacidad [art. 71 de la Ley citada y art. 541 del *Proyecto D'Amelio]*. Los títulos al portador que contengan la obligación de pagar alguna suma de dinero, no podrán ser puestos en circulación sino en los casos establecidos en la Ley expresamente y conforme a las reglas en ellas prescritas [art. 72 de la Ley citada y art. 542 del *Proyecto D'Amelio]*. Los títulos que se emitan en contravención a lo dispuesto en este artículo, no producirán acción como títulos de crédito. El emisor será castigado por los Tribunales Federales, con multa de un tanto igual al importe de los títulos emitidos [art. 72 de la repetida Ley].

576. *Enumeraciones.* La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito reconocía y reglamentaba como títulos de crédito a la orden la letra de cambio [art. 76] y el pagaré [art. 170], y como títulos que pueden ser ya a la orden, ya al portador, el cheque [art. 179], las obligaciones que emitan las sociedades anónimas [art. 209] el certificado de depósito [artículo 231] y el bono de prenda [art. 232]. Ahora bien, según la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, artículo 14, los documentos a que se refiere la propia Ley, sólo producirán los efectos previstos en la misma, cuando contengan las menciones y llenen los requisitos señalados por la Ley y que ésta no presuma expresamente.

Por Decreto de 22 de diciembre de 1982, publicado en el *Diario Oficial* de 30 de diciembre de 1982 las obligaciones que emitan las sociedades anónimas [art. 209], los certificados de depósito [art. 231], y los bonos de prenda [art. 232], serán siempre nominativos.

## SECCION 3ª LA FUENTE DE LA OBLIGACION CONTENIDA EN EL TITULO

577. *Las teorías.* Es sabido que se han propuesto diversas teorías sobre la naturaleza de la fuente de que deriva el derecho del poseedor de un título de crédito, o sea del último portador o del último endosatario. [Estas teorías pueden verse entre otras obras en las que hemos citado de Messineo, Arcangeli, Vicente y Gella, Wahl y Saleilles.]

578. *Promesa unilateral.* Yo me coloco del lado de los que, como Lacour y Bouteron, creen que: "El derecho del portador deriva directamente de la obligación que el suscriptor asume para con él, por la creación del título, declarando su voluntad de disponer, en provecho de este portador, de un elemento de su patrimonio. Redactando el título y firmándolo, el suscriptor hace una promesa unilateral, cuya eficacia está subordinada sólo a la condición de que un tercero entre en posesión del título. Hasta este momento el suscriptor podría, destruyendo el título, aniquilar el germen de su obligación. Pero una vez que el título ha entrado en la circulación, la promesa que está contenida en él, tiene un carácter irrevocable, liga directamente al suscriptor para con cualquiera persona que estuviere investida del título. Acompañada de las seguridades reales que pueden estar adheridas a ella, según el tenor mismo del título, sigue a este último en su circulación y, cualquiera que sea el número de las transmisiones, llega al último poseedor sin estar modificado o alterado. Este portador no tiene ninguna excepción que temer por parte, sea de los portadores intermediarios (cuya personalidad queda generalmente desconocida), sea aún del poseedor originario; porque no es del contrato celebrado entre él y el suscriptor de donde deriva la obligación cuya ejecución reclama; es de la creación misma del título... Sin duda, el efecto obligatorio de la declaración unilateral de voluntad no puede reconocerse sino en cierto número de casos excepcionales..." [Lacour et Bouteron, *ob cit.*, t. I, núms. 1071 y 1121, y t. II núms. 1287 y 1288].

## SECCION 4ª LOS TITULOS CIVILES

### I. El Código de 1884

579. *La cuestión.* Este Código desconoce en lo absoluto los títulos a la orden y al portador. Recuérdese lo que enseña el maestro Jacinto Pallares sobre el particular [núm. 564 de este libro]. En el silencio del Código y durante su vigencia, no han podido, pues, crearse títulos civiles negociables, es decir transmisibles por endoso o por la simple tradición.



### II. El Código de 1928

580. *Los documentos a la orden y al portador.* Este Código, en el título denominado "Fuentes de las obligaciones", capítulo "De la declaración unilateral de la voluntad", coloca los artículos 1873 a 1881.

El artículo 1873, dice: "Puede el deudor obligarse otorgando documentos civiles pagaderos a la orden o al portador." Este artículo faculta a los particulares para crear libremente títulos a la orden y al portador, a diferencia del sistema establecido por el Código de Comercio y por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que, como hemos visto, sólo reconocen determinados títulos, que reglamentan.

581. *Su naturaleza.* Hay que observar que los documentos a la orden y al portador a que se refiere el nuevo Código Civil, son de igual naturaleza que los títulos de crédito mercantiles de que hemos tratado en las secciones 1ª a 3ª de este capítulo, como se desprende del tenor de los artículos de aquel Código, que dicen: "Artículo 1874. La propiedad de los documentos de carácter civil que se extienden a la orden, se transfiere por simple endoso..." "Artículo 1877. La propiedad de los documentos civiles que sean al portador se transfiere por la simple entrega del título." "Artículo 1878. El deudor está obligado a pagar a cualquiera que le presente y entregue el título al portador, a menos que haya recibido orden judicial para no hacer el pago." "Artículo 1879. La obligación del que emite el título al portador no desaparece, aunque demuestre que el título entró en circulación contra su voluntad." "Artículo 1880. El suscriptor del título al portador no puede oponer más excepciones que las que se refieren a la nulidad del mismo título, las que se deriven de su texto o las que tenga en contra del portador que lo presente." En efecto, al decirse en los artículos 1874 y 1877 que la propiedad de los documentos se transfiere ya por endoso, ya por la entrega del título, se atribuye a éste la calidad de cosa. En el artículo 1878 se encuentra la incorporación del derecho en el título. En los artículos 1879 y 1880 se establece la autonomía del derecho mencionado en el título [Vivante, *Trattato*, t. III, núm. 967, pág. 136].

582. *Corroboración.* Para corroborar la identidad de naturaleza de los títulos de crédito propios del Derecho Mercantil y los que quiso crear el Código Civil de 1928 nos remitimos al libro del licenciado Ignacio García Téllez, denominado *Motivos, Colaboración y Concordancias del nuevo Código Civil Mexicano*, en el que el autor señala como concordancias y antecedentes de los artículos 1873 a 1876 y 1881 del nuevo Código Civil, los artículos 477, 478, 479, 482 y 620 de nuestro Código de Comercio. Y a los artículos 1878, 1879 y 1880 del Código Civil, les asigna como concordancias y antecedentes los artículos 848 del Código Suizo de las Obligaciones y 794 y 796 del Código Civil Alemán. Ahora bien, estos Códigos se re-

fieren a títulos a la orden y al portador, de la misma naturaleza de los mercantiles a que nos hemos referido. [Véase Schneider et Fick, t. II, pág. 446, y *Code Civil Allemand, traduit et annoté*, t. II, págs. 341 y 344-347.]

## SECCION 5ª DEROGACION DEL CODIGO CIVIL POR LA LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO

583. *La Derogación.* La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 26 de agosto de 1932, en su artículo 3º. transitorio, después de abrogar los artículos relativos del Código de Comercio, agrega: "Se derogan todas las demás leyes y disposiciones que se opongan a la presente." En esta derogación, sin duda, quedaron comprendidos los artículos 1873 a 1881 del Código Civil promulgado en el año de 1928.

En efecto, siguiendo el precedente del Código de Comercio [véase el núm. 564 de este libro], la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito ha querido ser la reguladora de los títulos a la orden y al portador que son medios de la circulación de la riqueza. He aquí las declaraciones de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público sobre la ley citada: "La promulgación de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito... es un paso más, de extraordinaria importancia... a la rehabilitación y al fomento del crédito en la República... resultó imperiosa la necesidad... de crear la estructura jurídica indispensable para la existencia de las operaciones y de los instrumentos exigidos en la nueva organización del crédito... En su formación... sin olvidar nuestro sistema jurídico general y nuestras necesidades, se ha aprovechado el caudaloso material acumulado sobre el particular en la mejor legislación comercial extranjera, en numerosos proyectos de revisión de la misma, en la doctrina y en los resultados de conferencias internacionales sobre una materia que es, por su propia naturaleza, de las más propicias a la creación de formas comunes, porque sirve el objeto fundamental de facilitar las relaciones económicas, que cada día se ciñen menos a las fronteras nacionales para volverse, más patentemente, un fenómeno universal. En materia de títulos de crédito, la nueva ley propende, en primer término, a asegurar las mayores posibilidades de circulación para los títulos y, en segundo término, a obtener mediante esos títulos la máxima movilización de riqueza compatible en un régimen de sólida seguridad... Por ello, en un programa de organización económica racional, cada capítulo se apoya en un proceso de movilización que la existencia del título de crédito hace posible... Fácilmente se advierte, así, la trascendencia inmensa que una buena regulación de títulos de crédito tendrá para el desarrollo económico del país [págs. 1 a 8].

584. *La Ley es posterior al Código.* El Código Civil de 1928, en su artículo 1º, transitorio, dispuso que el mismo Código entraría en vigor en la fecha que fijara el Ejecutivo. Este fijó como fecha el 1º de octubre de 1932. Ahora bien, entonces ya estaban derogados los artículos 1873 a 1881 del Código Civil de 1928, por la ley de 26 de agosto de 1932, de manera que esos artículos nunca han estado en vigor.



La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito entró en vigor en 15 de septiembre de 1932 y el Código Civil, como acabamos de decirlo, en 1º de octubre del mismo año. Pero esto no significa que se deba considerar como ley posterior al nuevo Código Civil. Ferrara dice, con razón, en su *Tratado de Derecho Civil* [t. I, págs. 252-253], que la posterioridad de una ley se determina por la fecha de su promulgación y no por la de su entrada en vigor, pues la entrada en vigor no concierne a la eficacia formal de una ley, sino a su aplicación práctica [véase, además, Ruggiero, t. I, págs. 166-167]. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade [t. I, núms. 117-118], refiriéndose a la abrogación tácita de la ley, dicen que está fundada en esta regla de razón: que cuando el legislador ha manifestado sucesivamente dos voluntades diferentes, es la más reciente la que debe prevalecer.

Ahora bien, en el caso, la voluntad legislativa más reciente es la contenida en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

585. *Crítica de Rojina Villegas.* De su libro denominado *Derecho Civil Mexicano* transcribo lo siguiente: "Borja Soriano opina que las disposiciones del Código Civil al respecto, quedaron derogadas por la Ley mencionada... Por nuestra parte, pensamos que no se han derogado los mencionados artículos que permiten expedir documentos civiles a la orden o al portador; que actualmente son válidas las obligaciones nacidas de declaración unilateral de voluntad, bajo la forma de documentos civiles a la orden o al portador. El problema es el siguiente: hay un artículo en el Código Civil, el 1873, muy claro en nuestro concepto, que dice: "Puede el deudor obligarse otorgando documentos civiles pagaderos a la orden o al portador. Estos documentos tienen las siguientes características: 1º Son documentos cuya transferencia, siendo a la orden, puede llevarse a cabo por endoso o por la entrega material del título, si son al portador... 2º Estos documentos... consagran derechos autónomos, es decir, el adquirente por endoso o por la transferencia del título al portador, no sufre las excepciones personales oponibles al titular primitivo... Hasta aquí la tesis es exacta; pero no todas las demás características de los títulos de crédito se cumplen en los documentos civiles a la orden o al portador. En efecto, la característica fundamental del título de crédito es la literalidad... no hay un artículo del Código Civil en esta materia, del 1873 al 1881, que nos diga que el documento a la orden o al portador deba contener ciertas enunciaciones, como sí existe precepto para la letra de cambio o el pagaré... como después veremos, la característica de autonomía sólo se menciona en el Código Civil en los documentos al portador... los documentos civiles a la orden o al portador permiten las tres formas de la obligación: dar, hacer o no hacer, porque el artículo no las limita... En cambio, los títulos

de crédito sólo permiten obligaciones pecuniarias, excepto el bono de prenda y el certificado de depósito... en el comercio y en la vida civil encontramos frecuentemente que por ignorancia, por rapidez en las transacciones, por sencillez en las fórmulas se redactan documentos de esta naturaleza: Entregaré a la orden de fulano tal cosa... Relacionando los artículos 5º y 14 de la mencionada Ley se desprenden las siguientes conclusiones: *a)* Que no todos los documentos a la orden o al portador son títulos de crédito; *b)* Que sólo lo serán aquellos... que se reputen por la Ley como necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigne y c) Que la Ley exige para tal efecto que los citados documentos contengan las menciones y llenen los requisitos señalados imperativamente por la misma... Del análisis anterior resulta que la contradicción que se pretende encontrar entre la Ley de Títulos y el Código Civil, por lo que se refiere a documentos a la orden y al portador, no existe, de tal manera que pueden existir documentos de esa naturaleza que no sean títulos de crédito, por no contener las menciones y requisitos aludidos, en cuyo caso tendrá aplicación el artículo 1873 del repetido Código, según el cual: "Puede el deudor obligarse otorgando documentos civiles pagaderos a la orden o al portador" [t. V, vol. II, págs. 68 a 75]. En las siguientes páginas de su libro, Rojina Villegas pretende que es favorable a su tesis la opinión del maestro Esteva Ruiz.

586. *Mi réplica.* A los fundamentos expuestos por mí, agrego lo siguiente: El Código Civil de 1928 y la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, tratan de la misma materia: documentos a la orden, que se transmiten por endoso, y documentos al portador, transmisibles por la simple entrega del documento.

Comparando los preceptos de uno y otro ordenamiento se ve que por una parte, además de la identidad de su modo de transmisión o circulación, existen las semejanzas que he señalado [véanse números 581 y 582] y por otra parte, se encuentran las diferencias que ha marcado Rojina Villegas. Pues bien, precisamente esas diferencias prueban que la Ley de Títulos modificó el Código Civil estableciendo una nueva regulación que propende a asegurar las mayores posibilidades de circulación para los títulos y obtener mediante ellos la máxima movilización de riqueza, compatible con un régimen de sólida seguridad [véase núm. 583 de este libro, parte final], y al reformar la Ley de Títulos al Código Civil lo derogó en la materia de documentos a la orden y al portador, porque las disposiciones relativas de ese Código se oponen a las de la nueva Ley. Por último, diré que Esteva Ruiz en su libro, citado por Rojina Villegas, denominado *Los Títulos de Crédito en Derecho Mexicano,* no trata de la cuestión relativa a la derogación del Código por la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito. En su clase, sí lo ha hecho, llegando a esta conclusión: "concluimos, pues, que el artículo 1º de la Ley deroga al Código Civil en la materia". Así se lee en los apuntes del segundo curso de Derecho Mercantil del maestro Esteva Ruiz,



apuntes que formó el estudiante Armando Calvo M. en el año de 1933, y que deben considerarse auténticos, pues conservo un ejemplar de ellos que me obsequió el maestro Esteva Ruiz con una afectuosa dedicatoria.

587. *Conclusión.* De todo lo expuesto debemos concluir que cualquier título que en la actualidad se emita a la orden o al portador deberá sujetarse a la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito. Si se emitiere, sin sujetarse a esta Ley, aunque con arreglo al Código Civil, solamente podrá ser válido el negocio jurídico, o sea el acto jurídico que dio origen al documento [art. 14 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito]; los derechos de ese acto consignados en el documento no serán transmisibles ni por endoso ni por la simple entrega del documento.

TÍTULO SEGUNDO

# EL ENRIQUECIMIENTO ILEGITIMO

588. BIBLIOGRAFIA. BONNECASE, *Suppl.*, t. III, núms. 112-186; BONNECASE, *Précis*, t. II, núms. 293-324; HÉMARD, t. II, núms. 1333-1343; COLIN et CAPITANT, t. II, núm. 232 y núms. 238-241; PLANIOL, t. II, núms. 932-938 *bis*; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, t. VII, núms. 752-767; JOSSERAND, t. II, núms. 559-578; DEMOGUE, t. III, núms. 76-84 y 141-205; RIPERT, *La règle morale*, etc., núms. 133-147; RIPERT et TEISSEIRE, "Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en Droit Civil français" *(Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1904, págs. 727-796); RENARD, "Etude sur les conditions de l'application de l'action d'enrichissement sans cause dans le Droit Français moderne" *(Revue Trimestrielle*, 1920, págs. 243-294); ROUAST, "L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile" *(Revue Trimestrielle*, 1922, páginas 35-109); *Proyecto de Código de las Obligaciones y de los Contratos* (texto en italiano y en francés). Relación, pág. LXXXIX; GIOGI, t. VI, núms. 9-35; ROSSEL, t. I, núms. 154-156; SCHNEIDER et FICK, t. I, pág. 174; TUHR, t. I, páginas 369-402; SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation*, etcétera, núms. 340 y sigs.; LÉVY-ULLMANN, en *Code Civil Allemand, traduit et annoté*, t. II, págs. 366-372; ENNECCERUS-LEHMANN, t. II, vol. II, párrafos 217-219, págs. 566-589; GEROTA, *La théorie de l'enrichissement sans cause dans le Code Civil Allemand*; CASTIONI, "Il divieto di ingiusto arricchemento come principio generale di diritto" *(Revista del Diritto Commerciale e rel Diritto generale delle obbligazioni*, vol. XXIII, págs. 340-385).

## CAPÍTULO PRIMERO

### *Derecho antiguo*

589. *Derecho Romano.* En el *Digesto*, libro I, título XVII, denominado "De diversas reglas del derecho antiguo", fragmento 206, hay un texto de Pomponio que dice: "Es de derecho natural y de equidad que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro." El comentario a este texto puede verse en el libro denominado: *Explicaciones del jurisconsulto Ever Bronchot al título del Digesto, de diversas reglas del Derecho antiguo traducidas al castellano y concordadas con las disposiciones de nuestro derecho patrio por el licenciado Pedro Ruano*, págs. 603-607.



590. *Derecho Francés.* El Código Napoleón no contiene un artículo que consagre expresamente el principio general de que nadie puede enriquecer sin causa legítima en detrimento de otro; sin embargo, todos los autores franceses reconocen la existencia de ese principio. Colin y Capitant se fundan, entre otras razones, en que hay esparcidos en el Código Francés preceptos que no son sino aplicación del repetido principio.

591. *El Código de 1884.* Varios de esos preceptos se encuentran en nuestro Código Civil de 1884. Así, según el artículo 1545, cuando una persona, por error de hecho, paga a otra lo que no le debe, ésta queda obligada a restituir lo que hubiere recibido en pago; según el artículo 788, el dueño de un terreno en que se edificare por otro de buena fe, tendrá derecho a hacer suya la obra, pero con la obligación de indemnizar previamente al que hubiere edificado de buena fe; además, en los artículos 785, 805 y 818 sobre accesión, 2585 sobre depósito, y 1792 final, sobre prenda, se prevén obligaciones, cuyo fundamento es también el principio general de enriquecimiento ilegítimo, cuya existencia hay que reconocer, por lo tanto, en nuestro Derecho anterior al vigente.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### *Derecho moderno*

### SECCION 1ª CODIGOS EXTRANJEROS

592. *Código Alemán.* "Cualquiera que, por prestación hecha por otra persona o de cualquiera otra manera, hace una adquisición sin causa jurídica a expensas de esta otra persona, está obligada respecto de ella a restitución" [artículo 812].

593. *Código Suizo de las Obligaciones.* "El que sin causa legítima se ha enriquecido a expensas de otro, está obligado a la restitución [art. 62].

594. *Proyecto franco-italiano de Código de las Obligaciones y de los Contratos.* "El que se enriquece sin causa con detrimento de otra persona, está obligado a indemnizarla, en la medida de su propio enriquecimiento, de lo que ella se ha empobrecido" [art. 73].

### SECCION 2ª EL CODIGO DE 1928

595. *El principio.* El Código vigente, en el título que dedica a las fuentes de las obligaciones, contiene un capítulo denominado "Del enriquecimiento ilegítimo". El artículo 1882 de este capítulo, dice: "El que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido." Como se ve,

la redacción de este artículo corresponde a la del Proyecto franco-italiano, citado en el número 594 precedente.

596. *Elementos.* Según el artículo de nuestro Código, los elementos del enriquecimiento ilegítimo son: 1º El enriquecimiento de una persona. 2º El empobrecimiento de otra, o sea el detrimento que sufre ésta por el enriquecimiento de aquélla. 3º Relación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento. 4º Ausencia de causa.

597. *Enriquecimiento.* El que se ha empobrecido debe haber transmitido un valor al que se ha enriquecido. El enriquecimiento debe ser pecuniario, al menos en principio. Una ventaja económica debe procurarse; es raro que una ventaja moral se tenga por suficiente [Hémard, t. II, número 1339]. Hay enriquecimiento ilegítimo no solamente cuando uno ha recibido, sino también, cuando, sin causa legítima, se ha liberado de una obligación, por el hecho de otro [Rossel, tomo I, núm. 155; Tuhr, t. I, página 370].

598. *Empobrecimiento.* El hecho personal del que se ha empobrecido debe traducirse por un sacrificio pecuniario (pago de una suma de dinero, constitución de un derecho real) o por un trabajo (investigaciones de un genealogista sin mandato ni gestión de negocios y que han permitido a un heredero reclamar una herencia) [Hémard, t. II, núms. 1340 y 1336].

599. *Detrimento.* Por aplicación de esta condición no habrá enriquecimiento ilegítimo cuando un propietario por trabajos de embellecimiento o de defensa ejecutados en su propio fundo ha conferido un aumento de valor al fundo de otro. Por este aumentos de valor no habrá sufrido un empobrecimiento correspondiente el autor de los trabajos [Colin et Capitant, t. II, núm. 238, pág. 223, y número 240, pág. 226].

600. *Relación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento.* El enriquecimiento de uno debe provenir del empobrecimiento del otro [Hémard, tomo II, núm. 1341]. Es necesario que el enriquecimiento de una persona sea la consecuencia directa del sacrificio o del hecho de la otra [Colin et Capitant, t. II, núm. 240, pág. 227]. Bonnecase, refiriéndose a la relación indicada, hace observar que "la substancia de hecho del enriquecimiento sin causa, fuente de obligaciones, consiste esencialmente en el acrecentamiento sin causa de un patrimonio, que se efectúa en detrimento de otro a consecuencia de un solo y mismo acontecimiento" *[Précis,* t. II, núm. 316].

601. *Ausencia de causa.* La palabra causa empleada en nuestro artículo 1882 tiene la significación que le asignan Rossel, Colin et Capitant, Hémard, Bonnecase y Gerota. Rossel dice: "Las palabras sin causa legítima se entienden en la ausencia de una causa que tenga su fuente en la Ley o el contrato, de la ausencia de una justa causa." [t. I, núm. 155.] Colin et Capitant, refiriéndose a la ausencia de justa causa, dicen: "En realidad, la palabra causa está tomada aquí en su sentido tradicional; significa el acto jurídico que explique, que justifique la adquisición de un valor. En otros términos, es preciso que el enriquecimiento no tenga su fuente en un acto jurídico que legitime la adquisición" [t. II, núm. 240, pág. 228]. Hémard opina, que "Sin causa, quiere decir sin derecho, injusto, ilegítimo" [t. II, número 1342]. Para Bonnecase el sentido de los términos sin causa es la no justificación en derecho del enriquecimiento *[Précis,* t. II, número 320]. Gerota, en su libro citado [pág. 202], tratando del enriquecimiento sin causa, dice que ésta es una causa eficiente. Como se ve, la palabra causa no está tomada aquí en el sentido que le dan los autores causalistas a propósito de los elementos de formación de los contratos.



602. *Obligación y acción.* Según el artículo 1882 de nuestro Código Civil, del enriquecimiento sin causa nace una obligación a cargo del que se enriquece y a favor del que se empobrece; éste puede reclamar la indemnización de su empobrecimiento en la medida en que el primero se ha enriquecido.

"El enriquecimiento sin causa de una parte con detrimento de otra, presta mérito al perjudicado para ejercitar la acción de indemnización (del empobrecimiento debe entenderse) en la medida en que aquélla se enriqueció" [art. 26 del Código de Procedimientos Civiles]. Los autores franceses designan a esta acción con el nombre de *in rem verso.*

"El demandante no puede reclamar más que el empobrecimiento experimentado por él, porque la acción tiene un carácter de indemnización; pero no puede obtener más que el enriquecimiento procurado al demandado; porque éste tiene solamente la obligación de restituir lo que ha recibido sin causa. Hay, pues, un doble límite al monto de la reparación" [Planiol, t. II, núm. 937 *ter*].

603. *Dominio de aplicación.* "Si en presencia de un enriquecimiento y de un empobrecimiento correlativos, o más exactamente, enfrente del desplazamiento de un valor de una persona a otra, se ve uno conducido a comprobar que la situación entra en el cuadro de una institución de derecho positivo determinada, es preciso resueltamente abandonar todo llamamiento a la noción de enriquecimiento sin causa... si en la base de un desplazamiento de valor entre dos personas se encuentra, sea un acto jurídico, sea un hecho jurídico previsto por la Ley que justifique ese desplazamiento o, al contrario, autorice a destruirlo, es sobre el terreno de este acto jurídico, o de este hecho jurídico en donde hay que situarse para obrar. Pondrá, en estas condiciones, acontecer frecuentemente que allí en donde se creía encontrar un enriquecimiento sin causa se tropieza con un delito y más especialmente con un cuasi delito" [Bonnecase, *Précis,* t. II, número 314]. En el mismo sentido [Rouast, núm. 26, pág. 82; Hémard, tomo II, número 1343].

## TÍTULO TERCERO

# EL PAGO DE LO INDEBIDO

604. *Tabla A*

C. a. 1545.—G. 1895.—C. N. 1376.—C. v. 1883.
„ „ 1546.—G. 1896.—C. v. 1883.
„ „ 1547.—G. 1896.—C. N. 1379.—C. v. 1887.
„ „ 1548.—G. 1896.—C. N. 1380.—C. v. 1887.
„ „ 1549.—G. 1896.—C. v. 1888.
„ „ 1550.—G. 1897.—C. N. 1378.—C. v. 1884.
„ „ 1551.—G. 1897 y 1898.—C. N. 1378.—C. v. 1884.
„ „ 1552.—G. 1897.—C. N. 1379.—C. v. 1884.
„ „ 1553.—C. v. 1885
„ „ 1554.—C. v. 1886.
„ „ 1555.—C. N. 1381.—G. 1898.—C. v. 1889.

605. *Tabla B*

C. v. 1883.—C. E. 1895.—C. N. 1376.—C. a. 1545.
„ „ 1884.—C. E. 1896.—C. N. 1378 y 1379.—C. a. 1550, 1551 y 1552.
„ „ 1885.—C. a. 1553.
„ „ 1886.—C. a. 1554.
„ „ 1887.—C. E. 1897.—C. a. 1547 y 1548.
„ „ 1888.—C. a. 1549.
„ „ 1889.—C. a. 842, 844 y 1555.
„ „ 1890.—C. E. 1899.
„ „ 1891.—C. E. 1900.
„ „ 1892.—C. E. 1901.

606. BIBLIOGRAFIA. GARCÍA GOYENA, *Comentarios a los artículos citados en la Tabla A;* BONNECASE, *Précis,* t. II, núms. 433-438; PLANIOL, t. II, número 813 y núms. 835-861; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, t. VII, núms. 736-751; JOSSERAND, t. II, núms. 838-841 *bis;* COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 232-237; DEMOGUE, t. III, núms. 85-140; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XV, núms. 2849-2858 y AUBRY et RAU, t. IV,



párrafos 442 y 442 *bis;* MANRESA, t. XII, págs. 576-594; VALVERDE, t. III, páginas 587-593; DIEGO, t. V, págs. 331-337; GIORGI, t. V, núms. 73-136.

## CAPÍTULO PRIMERO

### *Elementos constitutivos*

607. *Noción general.* Hay pago de lo indebido cuando una persona, creyendo por error que es deudora de otra, le entrega una cosa o ejecuta otra prestación a favor de ella [véanse arts. 1545 y siguientes del Código de 1884 y arts. 1883 y sigs. del Código de 1928].

608. *El error.* El Código de 1884 sólo considera como elemento del pago de lo indebido el error de hecho [art. 1545], en consecuencia con su artículo 1296. El Código de 1928 considera el error [art. 1883], es decir, el de hecho y el de derecho, sin distinción, en armonía con su artículo 1813.

609. *Ausencia de deuda.* Planiol enumera tres casos: 1º Jamás ha existido obligación, la persona que ha pagado no debía nada y nada se debía a la que ha recibido. Por ejemplo, una mujer heredera de su marido paga un pagaré que cree haber sido firmado por su marido, siendo la firma falsa. 2º El deudor de una deuda que realmente existe la paga a una persona distinta de su acreedor. 3º El acreedor recibe su pago de persona distinta de su deudor. En este caso, como en el precedente, aunque hay realmente una deuda, se puede decir que no existe obligación alguna entre el que ha recibido y el que ha pagado [t. II, núm. 838].

610. *Carga de la prueba.* El Código de 1928, en su artículo 1891, establece lo siguiente: "La prueba del pago incumbe al que pretende haberlo hecho. También corre a su cargo la del error con que lo realizó, a menos que el demandado negare haber recibido la cosa que se le reclama. En este caso, justificada la entrega por el demandante, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que recibió." Este artículo reproduce, con muy ligera modificación, el artículo 1900 del Código Español, refiriéndose al cual Manresa hace este comentario: "Y la razón de dicha disposición es fácilmente perceptible, pues, como el que hizo el pago fue el causante principal, si no único del hecho, y a él debe imputarse el error, no puede menos de venir obligado a la prueba del mismo, o sea que pagó con dicha circunstancia, a no ser que el que cobró negare haber recibido la cosa entregada en pago, en cuyo caso, en consideración a la mala fe que desde luego revela dicha negativa, le exime de la prueba del yerro, aunque no de la certeza del pago, cuya prueba viene a destruir la negativa del demadado dando los caracteres de verdad a la reclamación" [t. XII, pág. 592].

611. *Presunción.* El Código vigente, en su artículo 1892, establece que: "Se presume que hubo error en el pago, cuando se entrega cosa que no se debía o que ya estaba pagada; pero aquel a quien se pide la devolución puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por cualquiera otra causa justa." Este artículo es una copia textual del 1901 del Código Español, cuyo comentario de Manresa es el siguiente: "Dicha declaración... tiene su fundamento jurídico en la consideración derivada de lo que sucede en el orden natural de las cosas, según la que, quien da lo que no debe no puede presumirse que lo dona mientras no conste de una manera segura y eficaz que lo hizo por mera liberalidad. Mas la presunción establecida en este artículo es meramente *juris tantum* y admite, por consiguiente, la prueba en contrario..."

612. *Observación.* Lo que designamos, de acuerdo con la terminología empleada por los autores en general, como pago de lo indebido y que también se designa con el nombre de pago en nuestros Códigos, no es en realidad un pago, ya que éste consiste, como después veremos, en el cumplimiento de una obligación [arts. 1514 del Código de 1884 y 2062 del Código vigente]. En consecuencia, no han obrado con acierto los autores del Código de 1884, tratando del pago de lo indebido en el capítulo dedicado al pago.

613. *Caso de enriquecimiento ilegítimo.* El Código vigente coloca los artículos relativos al pago de lo indebido en el capítulo del enriquecimiento ilegítimo, imitando al Código (Suizo) de las obligaciones [arts. 62 y sigs.], y al alemán [arts. 812 y sigs.]. Para los autores de nuestro Código vigente el pago de lo indebido es una aplicación del principio del enriquecimiento ilegítimo, de acuerdo con el parecer de Bonnecase *[Précis*, t. II, núm. 434], Colin y Capitant [t. II, núm. 232], Demogue [t. III, núms. 84-85] y Valverde [t. III, pág. 58].

## CAPÍTULO SEGUNDO

### *Efectos principales*

### SECCION 1ª LA RESTITUCION

614. *Principio.* Según el Código de 1884, "Cuando por error de hecho pagare alguno lo que realmente no debe, podrá recobrar lo que hubiere dado [art. 1545]. El mismo principio se encuentra en el Código de 1928, sin distinción entre error de hecho y de derecho, como puede verse en el artículo que dice: "Artículo 1883. Cuando se reciba alguna cosa que no se tenía derecho de exigir y que por error ha sido indebidamente pagada, se tiene obligación de restituirla."



615. *Cosa determinada.* Cuando la cosa recibida, de buena o de mala fe, haya sido cierta y determinada, deberá restituirse en especie [arts. 1546, 1547, 1550 y 1551 del Código de 1884], o en otros términos: "Cuando se reciba alguna cosa que no se tenía derecho de exigir y que por error ha sido indebidamente pagada, se tiene obligación de restituirla" [1ª parte del artículo 1883 del Código de 1928].

616. *Cantidad.* El que, de buena o de mala fe, recibe una cantidad indebida, está obligado a restituir otro tanto [arts. 1546 y 1550 del Código de 1884], en el mismo sentido está el Código vigente [art. 1883, primera parte].

617. *Otra prestación.* El Código de 1928, en su artículo 1883, segunda parte, previene que si lo indebido consiste en una prestación cumplida, cuando el que la recibe procede de buena fe, sólo debe pagar lo equivalente al enriquecimiento recibido; si procede de mala fe debe pagar el precio corriente de esa prestación. No estando previsto este caso en el Código de 1884, bajo la vigencia del mismo, habría que aplicar el principio del enriquecimiento ilegítimo.

618. *Caso excepcional.* El artículo 1890 del Código de 1928, prevé el caso de un acreedor que de buena fe ha recibido el pago de persona distinta de su deudor, y dispone lo siguiente: "Queda libre de la obligación de restituir el que, creyendo de buena fe que se hacía el pago por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, dejado prescribir la acción, abandonado las prendas o cancelado las garantías de su derecho. El que paga indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor o los fiadores, respecto de los cuales la acción estuviese viva." Este artículo es una reproducción del 1899 del Código Español. En el comentario de Manresa leemos lo siguiente: "Consígnase en este artículo una excepción de la obligación impuesta por los anteriores respecto de la devolución por parte del que realizó el cobro de la cosa... entonces la equidad exige que no se le obligue restituir, pues de otro modo saldría perjudicado o perdiendo en lo que representare el crédito que inutilizó siendo el error principal de quien hizo el pago indebidamente. Por virtud de dicha exención, el pagador sólo tendrá acción para reclamar la restitución contra el verdadero deudor o los fiadores, respecto de los cuales estuviese aún viva la acción del crédito que correspondía al que cobró, y por cuenta del cual creyó recibir el pago. Hay, pues, una sustitución de acciones" [tomo XII, página 591].

619. *El mismo caso en Derecho Francés.* El artículo 1377 del Código Civil Francés, contiene el mismo principio que el artículo español citado, diciendo: "Cuando una persona que, por error, se creía deudora, ha pagado una deuda, tiene el derecho de repetición contra el acreedor. Sin embargo,

este derecho cesa en el caso en que el acreedor ha suprimido su título como consecuencia del pago, salvo el recurso del que ha pagado en contra del verdadero deudor." Refiriéndose Planiol a este precepto, lo explica así: "Creyéndose (el acreedor) regularmente pagado, no tenía interés en conservar un título inútil para lo sucesivo. Si se concediese contra él la repetición, podría encontrarse en seguida en la imposibilidad de presentar la prueba de su crédito contra su verdadero deudor y de hacerse pagar por él. La Ley lo autoriza, pues, para conservar lo que ha recibido y obliga al tercero pagador a recurrir como pueda en contra del deudor" [tomo, II, número 861].

620. *Referencias.* Al final del capítulo del Código de 1928, que contiene los preceptos relativos al pago de lo indebido, se encuentran los artículos 1894 y 1895. El primero trata de un caso del que nos ocuparemos al estudiar las obligaciones naturales. El segundo se refiere al pago de una obligación ilícita o inmoral, caso que hemos estudiado en los números 241 a 248 de este libro, y que no hay que confundir con el pago de lo indebido. En este sentido se pronuncia Bonnecase *[Précis,* t. II, núm. 436].

## SECCION 2ª ENAJENACION DE LA COSA

### I. Título oneroso

621. *Buena fe.* Según el Código de 1884, artículo 1548, "Si el poseedor (de buena fe) vendió la cosa, no debe restituir más que el precio de la venta o ceder su acción para recobrarla." Este artículo tiene por origen el párrafo tercero del artículo 1896 del Proyecto de Código Español, redactado así: "Si vendió la cosa, no debe restituir más que el precio de la venta o ceder su acción para conseguirla." García Goyena comenta este párrafo en los términos siguientes: "Si vendió la cosa: este tercer párrafo es el artículo 1380 Francés, 1334 Napolitano, 1032 de Vaud; el 1498 Sardo añade: 'O ceder su acción para conseguirlo', que habemos adoptado, porque puede no haberlo recibido, pero tendrá acción para reclamarlo... Según este tercer párrafo la venta queda firme, y el comprador no puede ser inquietado por el dueño de la cosa. Hay, pues, aquí una excepción al principio de jurisprudencia universal consignado en la 11 de *regulis juris: Quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest* (Lo que es nuestro, no puede pasar a otro, sin algún hecho nuestro). Lo mismo se infiere necesariamente de las Leyes Romanas y de Partida citadas, pues sólo habla de la restitución del precio, y los Códigos modernos y nuestro artículo dicen simplemente lo que aquéllas. En el discurso 63 francés, se da por toda razón de esta excepción: 'La buena fe le hace justamente considerar como legítimo propietario de la cosa; de donde nace la consecuencia que tenía el derecho de disponer de ella como estimase más conveniente a sus intereses.' Pero esta razón no satisface, porque en las demás enajenaciones hechas por poseedores de buena fe rige la disposición general en contrario. La dada por Rogron parece más satisfactoria. En el que paga lo que no debe hay siempre algo de negligencia, o por lo menos un error que debe imputarse a sí mismo, y del que no debe ser víctima el comprador de buena fe: en los demás casos, el dueño que reclama la cosa no fue quien la entregó, aquí, sí."



Según el Código de 1928, el que de buena fe hubiere aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, si la hubiere enajenado, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo [art. 1887], es decir, restituirá "el precio si hubiere sido satisfecho o cederá, en otro caso, al dueño la acción que por virtud de la enajenación le corresponda para hacer efectivo dicho precio" [Manresa, t. XII, pág. 588]. Lo que implica que la venta quede firme.

622. *Mala fe.* "Si el que recibió la cosa con mala fe, la hubiera enajenado a un tercero que tuviere también mala fe, podrá el dueño reivindicarla" [arts. 1553 del Código anterior y 1885 del Código vigente].

Pero si el tercero la recibió de buena fe, solamente podrá reivindicarse si el que enajenó estuviere insolvente, según el artículo 1554 del Código de 1884, y ni aun en este caso, según el artículo 1886 del Código de 1928.

### II. Título gratuito

623. *Buena fe.* Si el que recibió la cosa de buena fe la hubiere donado, no subsistirá la donación [arts. 1549 del Código anterior y 1888 del Código vigente].

624. *Mala fe.* Si el que recibió la cosa con mala fe, la enajenare a título gratuito, podrá reivindicarse, aunque el tercero a quien se hubiere enajenado la hubiere recibido de buena fe [arts. 1554 del Código anterior y 1886 del Código vigente].

## CAPÍTULO TERCERO

## *Efectos accesorios*

## SECCION 1ª COSA DETERMINADA

### I. Buena fe

625. *Menoscabo y pérdidas.* C. a. 1547 (2ª parte). C. v. 1887 (1ª parte).

626. *Mejoras.* C. a. 1555 (842, 843 y 845 a 848). C. v. 1889.

627. *Frutos.* C. a. 834. C. v. 810. I.

II. MALA FE

628. *Menoscabos y pérdidas.* C. a. 1552 (853 y 854). C. v. 1884 (2ª parte).

629. *Mejoras.* C. a. 1555 (842 y 851). C. v. 1889 (a contrario).

630. *Frutos.* C. a. 1551 (840 y 841). C. v. 1884 (1ª parte).

631. *Daños y perjuicios.* C. a. 1552. C. v. 1884 (2ª parte).

## SECCION 2ª CANTIDAD

I. BUENA FE

632. *No intereses.* C. a. 1546. C. v. 1884 (a contrario).

II. MALA FE

633. *Intereses.* C. a. 1550. C. v. 1884.

## TÍTULO CUARTO

## LA GESTION DE NEGOCIOS

634. *Tabla A*

C. a. 2416.—C. v. 1896.
" " 2418.—C. P. 1723.—C. v. 1897.
" " 2419.—C. P. 1724.
" " 2420.—C. P. 1725.—C. v. 1898.
" " 2421.—C. P. 1726.—C. v. 1906.
" " 2422.—C. P. 1727.
" " 2424.—C. P. 1728.
" " 2425.—C. P. 1729.
" " 2426.—C. P. 1730.
" " 2427.—C. P. 1731.—C. v. 1899.
" " 2428.—C. P. 1731.—C. v. 1905.
" " 2429.—C. P. 1732.
" " 2430.—C. P. 1733.—C. N. 1372.—G. 1892.
" " 2431.—C. P. 1734.
" " 2432.—C. P. 1734.

635. *Tabla B*

C. v. 1896.—C. O. 419.—C. Al. 677.—C. a. 2416.
" " 1897.—C. E. 1889.
" " 1898.—C. Al. 680.—C. O. 420.—C. a. 2420.
" " 1899.—C. O. 420.—C. Al. 678.—C. a. 2427.
" " 1900.—C. Arg. 2294.—C. E. 1891.
" " 1901.—C. E. 1890.
" " 1902.—C. B. 1334.—C. Al. 681.—C. a. 2429 y 2430.
" " 1903.—C. N. 1375.
" " 1904.—C. Arg. 2298 y 2300.—G. 1894.—C. a. 2419.
" " 1905.—C. Al. 679 y 683.—C. a. 2428.
" " 1906.—C. Arg. 2304.—C. E. 1892.—C. a. 2421.
" " 1907.—C. Arg. 2301.—C. a. 2420 y sigs.
" " 1908.—C. E. 1894.
" " 1909.—C. E. 1894, párrafo 2º—C. Arg. 2308.

636. BIBLIOGRAFIA. DIAS FERREIRA, t. III, págs. 273-276; CUNHA GONÇALVES, t. IX, págs. 365-456, núms. 1328-1350; ALVES MOREIRA, páginas 669-670; BONNECASE, *Précis*, t. II, núms. 439-446; PLANIOL, t. II, números 813 y 2273-2283; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, t. VII, números 721-735; DEMOGUE, t. I, núm. 17 y t. III, núms. 4-68; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. IV, núms. 2790-2824; AUBRY et RAU, t. IV, párrafo 441; JOSSERAND, t. II, núms. 1439-1457; M. PICARD, "La Gestion d'affaires dans la Jurisprudence contemporaine" (*Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1921, páginas 419-467 y 1922, págs. 5-34); MANRESA, t. XII, págs. 544-576; VALVERDE, t. III, págs. 582-587; SCHNEIDER et FICK, t. I, págs. 740-751; ROSSEL, tomo I, núms. 762-768; LÉVY-ULLMANN, en *Code Civil Allemand, traduit et annoté*, t. II, págs. 209-218; Exposición de motivos de los artículos 2533 a 2550 del Código de 1870, reproducidos por los artículos 2416 a 2433 del Código de 1884.

## CAPÍTULO PRIMERO

### *El Código de 1884*

### SECCION 1ª CARACTERES

637. *Textos legales.* "Artículo 2416. Bajo el nombre de mandato oficioso o de gestión de negocios, se comprenden todos los actos que por oficiosidad y sin mandato expreso, sino sólo presunto, desempeña una persona a favor de otra que está ausente o impedida de atender a sus cosas propias." "Artículo 2417. El que desempeña negocios en los términos expresados en el artículo que precede, se llama mandatario oficioso o gestor de negocios; la persona a cuyo favor se ejecutan los actos, se llama dueño del negocio."

638. *Análisis.* El gestor interviene en negocios ajenos (Exposición de motivos citada), es decir, en negocios del dueño, ejecutando actos de toda especie, los cuales pueden ser ya materiales, ya jurídicos [Cunha Gonçalves, t. IX, pág. 387]. Lo hace por oficiosidad, es decir, con el fin de "evitar un daño al dueño o proporcionarle en sus cosas algún lucro. El primero importa un oficio de humanidad, tan íntimamente ligado con nuestros sentimientos naturales, que casi de una manera irresistible propendemos a intervenir en las cosas ajenas, cuando su dueño, ausente o impedido, no puede cuidarlas" (Exposición de motivos citada). El gestor debe obrar sin mandato expreso o, mejor dicho, sin ser representante del dueño, pues como dice Dias Ferreira [t. III, pág. 273]: "Lo característico de la gestión de negocios es la ingerencia voluntaria en la administración ajena sin mandato ni del propietario ni de la Ley... A la administración ajena por obligación de la Ley, como la curaduría y la tutela, se aplican no a las reglas relativas a la gestión de negocios, sino a las reglas de la administración de los bienes de personas incapaces..." "El Código considera que en la gestión de negocios hay un mandato presunto, 'por cuanto se presume que todo hombre debe aprobar lo que se hace en su utilidad'." Se supone que éste se encuentra ausente o está impedido de atender a sus cosas. La palabra ausente no está tomada en el sentido especial de que se trata en el libro primero del Código, como puede verse en las siguientes palabras de la exposición de motivos mencionada: "Aunque muchas de las reglas dadas en este capítulo podrían parecer inútiles, supuestas las que con relación a los bienes de los ausentes e ignorados se dan en el título 13 del Libro primero, fue necesario sin embargo ponerlas en este lugar, por dos razones: la primera, porque la gestión de negocios es muchas veces necesaria y urgente hasta tal punto, que no habría tiempo para llenar todos los requisitos que se exigen en el citado título; y la segunda, porque cuando la ausencia o impedimento es momentáneo temporal y no se ignora la existencia ni el lugar donde reside el dueño de los negocios, no proceden las disposiciones relativas a ausentes e ignorados, y puede, sin embargo, ser necesaria la intervención extraña para evitar un daño."



### SECCION 2ª RELACION ENTRE EL GESTOR Y EL DUEÑO

#### I. OBLIGACIONES DEL GESTOR

639. *Utilidad de la gestión.* El gestor debe obrar con utilidad para el dueño [Cunha Gonçalves, t. IX, núm. 1345, pág. 435], o en otros términos, debe obrar a favor del dueño [art. 2416, C. a.].

640. *Conclusión de la gestión.* "El que comienza la gestión de negocios queda obligado a concluirla, salvo si el dueño dispone otra cosa" [art. 2430, C. a.].

641. *Rendición de cuentas.* "El gestor está obligado a dar cuenta exacta y fiel de sus actos, así como de las cantidades recibidas y gastadas" [artículo 2429, C. a.].

642. *Responsabilidad.* "El gestor de negocios se hace responsable respecto del dueño" [art. 2418, C. a.]. "Si el dueño desaprueba la gestión, deberá el gestor, a su costa, reponer las cosas en el estado en que se hallaban, indemnizando a aquél de los perjuicios que sufra por su culpa" [art. 2422, C. a.]. "Si los beneficios no exceden a los perjuicios, podrá el dueño obligar al gestor a tomar todo el negocio por su cuenta, exigiendo de él la indemnización debida" [art. 2425, C. a.]. "El que se mezcla en negocios de otro contra su voluntad expresa, es responsable de todos los daños y perjuicios, aun accidentales, si no se prueba que éstos se habrían realizado aunque no hubiera habido intervención del gestor" [art. 2427, C. a.].

II. OBLIGACIONES DEL DUEÑO

643. *Casos de ratificación.* "Si el dueño ratifica la gestión y quiere aprovecharse de las utilidades que produzca, está obligado a indemnizar al gestor de los gastos necesarios que haya hecho y de los perjuicios que haya recibido por causa del negocio" [art. 2419, C. a.]. "La ratificación de la gestión producirá los mismos efectos que produciría el mandato expreso" [art. 2421, C. a.]. Cuando el gestor se mezcla en negocios del dueño contra su voluntad expresa, si éste quiere aprovecharse de la gestión, tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 2419 [art. 2428, C. a.]. "Si aquel a quien pertenece el negocio tuviere conocimiento de la gestión y no se opusiera a ella antes de que termine, se entenderá que la consiente; pero no estará obligado para con el gestor si no hubiere provecho efectivo" [art. 2426, C. a.].

644. *Caso de no ratificación.* "Si el dueño no ratifica la gestión y ésta no ha tenido por objeto obtener lucro sino evitar algún daño inminente y manifiesto, deberá en todo caso indemnizar los gastos exclusivamente hechos con ese objeto" [art. 2420, C. a.]. "Se cita tradicionalmente, como caso de gestión de negocios, el de una persona que, viendo que la casa de su amigo que ha salido de viaje tiene necesidad de reparaciones urgentes, hace que se ejecuten los trabajos necesarios" [Demogue, t. II, núm. 5, pág. 10]. "Si las cosas ajenas están amenazadas de un daño, nadie puede engañarse al asegurar que el dueño trataría de evitarlo, si pudiera, y de que aprobará los medios conducentes para conseguir este objeto" (Exposición de motivos citada). "Cuando la gestión tuviere por fin evitar daño inminente y manifiesto, el dueño está obligado a pagar los gastos hechos por el gestor aunque no haya obtenido provecho alguno, además del de haberse evitado el daño; pues la Ley no exige en este caso la condición que establece en la hipótesis del artículo 1730" [Cunha Goncalves, t. IX, núm. 1347, pág. 445].

645. *Caso de conexión.* "Si el gestor se mezcla en negocios ajenos, por hallarse éstos de tal modo conexos con los suyos que no podría tratar unos sin los otros, será considerado como socio" [art. 2431, C. a.]. "En el caso del artículo que precede, el dueño no está obligado sino hasta donde alcancen las ventajas recibidas" [art. 2432, C. a.].

## SECCION 3ª RELACION ENTRE EL GESTOR Y LOS TERCEROS

646. *Responsabilidad.* El gestor de negocios se hace responsable respecto de aquellos con quienes contrata en nombre del dueño [art. 2418, C. a.]. Respecto del tercero que haya tratado con él de buena fe, tendrá igual obligación que la que tiene para con el dueño que desaprueba la gestión, según el artículo 2422 [art. 2432, C. a.].



## CAPÍTULO SEGUNDO

### *Código de 1928*

## SECCION 1ª CARACTERES

647. *Texto legal.* "El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio" [art. 1896, C. v.].

648. *Comentario de Rossel.* La gestión de negocios consiste en el hecho de que una persona (el gestor) administre voluntariamente el negocio de otra persona (el dueño) sin mandato de parte de este último. Así, yo sé que uno de mis parientes o de mis amigos se ha ausentado por un tiempo más o menos largo sin cuidar de sus intereses; yo cuido las reparaciones de conservación que necesiten sus edificios, cultivo los campos que no ha sembrado, pago las deudas urgentes que ha olvidado pagar, etc., todo esto sin haber recibido ninguna orden de su parte; soy su gestor de negocios. Este cuasi-contrato da nacimiento entre las partes a obligaciones semejantes a las que resultan del mandato... Para que haya gestión de negocios en el sentido de los artículos 419 y siguientes, es necesario: que el negocio objeto de la gestión sea de otro; que el gestor obre voluntariamente; que obre sin mandato —sin estar encargado o sin estar autorizado para ello, dice el artículo 677, C. civ. al.—..." [t. I, núm. 762, pág. 496].

649. *Comentario de Schneider et Fick.* La gestión de negocios presenta analogía con el mandato, puesto que ambos se refieren a los negocios de otro. Pero el gestor de los artículos 419 y siguientes no está obligado por contrato como el mandatario; asume de su propia autoridad el cuidado de los negocios de un tercero. La gestión de negocios consiste así en la gerencia de los negocios de un tercero sin que éste haya conferido mandato al gestor y sin que esté autorizado o tenga el derecho de hacerlo por una razón cualquiera... El carácter distintivo principal de la gestión de negocios es que el gestor obre por cuenta de otro... Debe tener la intención y el sentimiento de querer obligar a la otra persona; no hay pues gestión de negocios si el gestor ha obrado con la intención de hacer una donación a otro... El gerente administra el negocio de otro. Es indiferente que conozca o no a las personas; basta que haya tenido el sentimiento de administrar el interés de otro, y por estos actos obligar a aquel cuyos intereses cuidaba. El error sobre la persona del dueño no tiene así ninguna importancia; en este caso será el verdadero dueño y no la persona en nombre de la cual el gestor creía obrar, la que estará obligada. El individuo que cree administrar sus propios asuntos y que en realidad se ocupa de los de un tercero no está sometido a las reglas del Título XIV ("De la gestión

de negocios"); y será en virtud de los artículos 62 y siguientes sobre el enriquecimiento ilegítimo como podrá demandar al que se ha encontrado aprovechado por sus actos. No nace obligación a cargo de aquel por el cual ha obrado cuando el gestor se imagina tratar un negocio por esta persona y en realidad se ocupa de sus propios negocios... El presente título no reglamenta sino las relaciones entre dueño y gerente. Las relaciones con los terceros, en particular con aquel que ha contratado con el gestor, están regidas por los principios ordinarios en materia de representación... Asunto, en el sentido de este artículo (el 419), significa todo lo que puede ser objeto de un mandato. Será en particular todos los actos que tienen influencia sobre la fortuna del dueño. Podrán ser actos jurídicos así como una actividad que no tenga sino un alcance material. Es un asunto en este sentido todo acto, jurídico o no, que no constituye ni una obligación legal ni una obligación contractual... Un servicio prestado... podrá caer bajo la aplicación del artículo 419; será el caso también del médico que da los primeros socorros en caso de accidente a un individuo que haya perdido el conocimiento... La palabra mandato no debe tomarse en su sentido jurídico, sino en el sentido que se le da en la vida ordinaria. Sin mandato, quiere, pues, decir sin estar obligado a hacerlo respecto al dueño, sea en virtud de un mandato o de un contrato de trabajo, empresa, etc. No caen bajo la aplicación de este título, los actos de gestión que no han sido ordenados por el dueño, pero que el gestor está obligado sin embargo a ejecutarlos, por sus funciones o por la Ley... Citemos como ejemplos de obligaciones de este género los deberes de los padres de administrar la fortuna de sus hijos... Los del tutor..." [t. I, págs. 740-744].

## SECCION 2ª OBLIGACIONES DEL GESTOR

650. *Enumeración. a)* El gestor debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio [art. 1896, C. v.]. *b)* Debe desempeñar su encargo con toda la diligencia que emplea en sus negocios propios [art. 1897, C. v.]. *c)* Tan pronto como sea posible debe dar aviso de su gestión al dueño y esperar su decisión, a menos que haya peligro en la demora. Si no fuere posible dar ese aviso el gestor debe continuar su gestión hasta que concluya el asunto [art. 1902, C. v.]. *d)* No tiene derecho de cobrar retribución por el desempeño de la gestión [art. 1904, C. v.].

651. *Responsabilidades. a)* "Si no desempeñare su encargo con toda la diligencia que emplea en sus negocios propios, indemnizará los daños y perjuicios que por su culpa o negligencia se irroguen al dueño de los bienes o negocios que gestione" [art. 1897, C. v.]. *b)* "Si la gestión tiene por objeto evitar un daño inminente al dueño, el gestor no responde más que de su dolo o de su falta grave" [art. 1898, C. v.]. *c)* "Si la gestión se ejecuta contra la voluntad real o presunta del dueño, el gestor debe reparar los daños y perjuicios que resulten a aquél, aunque no haya incurrido en falta" [art. 1899, C. v.]. *d)* "El gestor responde aun del caso fortuito si ha hecho operaciones arriesgadas, aunque el dueño del negocio tuviere costumbre de hacerlas; o si hubiere obrado más en interés propio que en interés del dueño del negocio" [art. 1900, C. v.]. *e)* "Si el gestor delegare en otra persona todos o algunos de los deberes de su cargo, responderá de los actos del delegado, sin perjuicio de la obligación directa de éste para con el propietario del negocio" [art. 1901, C. v.]. El sentido y alcance de los preceptos precedentes, así como de los que hemos citado anteriormente, en los que se trata de indemnización de daños y perjuicios, de culpa, de falta, de caso fortuito, etc., se entenderá debidamente después de estudiar la materia de responsabilidad civil, de la que nos ocuparemos después.



## SECCION 3ª OBLIGACIONES DEL DUEÑO

### I. Obligaciones para con el gestor

#### A. *Asunto útilmente gestionado*

652. *Textos legales.* "El dueño de un asunto que hubiere sido útilmente gestionado debe... pagar los gastos de acuerdo con lo prevenido en los artículos siguientes" [art. 1903, C. v.]. "Deben pagarse al gestor los gastos necesarios que hubiere hecho en el ejercicio de su cargo y los intereses legales correspondientes..." [art. 1904, C. v.].

653. *Comentario de Baudry-Lacantinerie et Barde.* "El dueño no está obligado por el hecho del gestor sino en tanto que el negocio ha sido bien administrado. El negocio está bien administrado cuando el gestor ha hecho en interés del dueño lo que era útil hacer... Para apreciar la utilidad o la inutilidad de los actos ejecutados por el gestor, hay que colocarse en el momento en que esos actos se han hecho sin preocuparse de los acontecimientos posteriores que han podido hacer desaparecer su utilidad... Así, estando ausente mi amigo, hago reparar a mis expensas su casa que amenaza ruina; después la casa es destruida por el rayo. Bien que este acontecimiento haya hecho desaparecer la utilidad del gasto, no tendría menos derecho al reembolso de él, porque el acto de gestión que he ejecutado era útil en el momento en que lo emprendía. Si fuese de otra manera, ninguna persona querría emprender la gestión del negocio de otro" [t. XV, núm. 2818, página 465]. En el mismo sentido se pronuncian Planiol, Ripert, Esmein, Radouant y Gabolde [t. VII, núm. 731, pág. 16].

654. *Cita de Zachariae.* Al calce del artículo 2297 del Código Argentino, se encuentra la nota que reproducimos a continuación: "LL. 26 y 27, Tít. 12, Part. 5ª.—L. 2, Tít. 5, Lib. 3, Dig.—Cód. Francés, art. 1375.—'Es

preciso no confundir, dice Zachariae, la utilidad de un negocio en su significado jurídico con el provecho que saque el dueño. Un negocio puede haber sido convenientemente conducido para el dueño desde el principio hasta el fin, y tener un buen resultado sin que el dueño se aproveche de él por alguna circunstancia independiente de la gestión y del gestor. Así, un *negotiorum gestor*, por ejemplo, se ha propuesto hacer reconocer y liquidar un crédito, y terminada la liquidación, el deudor quiebra y el crédito es perdido; el acreedor, en tal caso no saca ningún provecho de la gestión, y, sin embargo, la gestión ha sido útilmente emprendida. Cuando la acción del gerente está fundada sobre la utilidad de la gestión, la acción que le corresponde es la del *negotiorum gestorum*. Cuando está fundada sobre el provecho que el dueño obtiene del negocio, su acción es de *In rem verso*, párrafo 622, número 10.'"

B. *Ventaja o beneficio*

655. *No ratificación.* Dice el artículo 2301 del Código Argentino, que "Si el negocio no fuese emprendido útilmente... el dueño, cuando no ratificó la gestión, sólo responderá de los gastos y deudas hasta la concurrencia de las ventajas que obtuvo al fin del negocio".

Debemos considerar concordante con este artículo el 1907 de nuestro Código de 1928, concebido en estos términos: "Cuando el dueño del negocio no ratifique la gestión, sólo responderá de los gastos que originó ésta, hasta la concurrencia de las ventajas que obtuvo del negocio."

656. *Voluntad contraria del dueño.* El artículo 1905 preceptúa lo que sigue: "El gestor que se encargue de un asunto contra la expresa voluntad del dueño, si éste se aprovecha del beneficio de la gestión, tiene obligación de pagar a aquél el importe de los gastos hasta donde alcancen los beneficios, a no ser que la gestión hubiere tenido por objeto librar al dueño de un deber impuesto en interés público, en cuyo caso debe pagar todos los gastos necesarios hechos." Ejemplos de este último caso: erección de muros protectores en un edificio que amenaza ruina, si el trabajo ha sido impuesto al dueño por la autoridad; el establecimiento de diques si son necesarios para desviar una inundación, si existe una obligación de establecer los diques [Lévy-Ullmann, en *Code Civil Allemand, traduit et annoté*, t. II, pág. 212].

C. *Casos especiales*

657. *Alimentos.* "Artículo 1908. Cuando sin consentimiento del obligado a prestar alimentos, los diese un extraño, éste tendrá derecho a reclamar de aquél su importe, a no constar que los dio con ánimo de hacer un acto de beneficencia."



658. *Gastos funerarios.* "Artículo 1909. Los gastos funerarios proporcionados a la condición de la persona y a los usos de la localidad, deberán ser satisfechos al que los haga, aunque el difunto no hubiese dejado bienes, por aquellos que hubieren tenido la obligación de alimentarlo en vida."

D. *Ratificación*

659. *Sus efectos.* "Artículo 1906. La ratificación pura y simple del dueño del negocio, produce todos los efectos de un mandato. La ratificación tiene efecto retroactivo al día en que la gestión principió."

II. OBLIGACIONES PARA CON LOS TERCEROS

660. *Gestión útil.* "Artículo 1903. El dueño de un asunto que hubiere sido útilmente gestionado, debe cumplir las obligaciones que el gestor haya contraído a nombre de él..." En los números 653 y 654 precedentes, acabamos de ver qué debe entenderse por utilidad en la gestión.

# APENDICE A LOS DOS TITULOS ANTERIORES

## LA NOCION DE CUASI CONTRATO

661. *Derecho Romano.* En las *Institutas* de Justiniano, comienza el título XXVII con estas palabras: "Después de la enumeración de los diversos géneros de contratos, tratamos de aquellas obligaciones que no nacen, propiamente hablando, de un contrato, sino que, no tomando su fuente en un delito, parecen nacer como de un contrato" *(quasi ex contractu).* A continuación se consideran comprendidas en esta categoría las obligaciones que nacen de la gestión de negocios, las del tutor, las que proceden de la comunidad, las del heredero respecto del legatario y la de aquel a quien, por error, le ha sido pagada una cosa no debida.

662. *El Código Francés.* Este Código, en el título denominado "De las obligaciones que se forman sin convenio", contiene el artículo 1370, que dice en su párrafo primero: "Ciertas obligaciones se forman sin que intervenga convenio alguno, ni de parte de quien se obliga ni de parte de quien para con el cual aquél está obligado." En el capítulo primero del título citado, bajo el rubro "De los cuasi contratos", se encuentra el artículo 1371, que es del tenor siguiente: "Los cuasi contratos son hechos puramente voluntarios del hombre, de donde resulta una obligación cualquiera hacia un tercero y algunas veces una obligación recíproca de ambas partes." Después, el Código sólo enumera y reglamenta en dicho capítulo la gestión de negocios y el pago de lo indebido. Por esta circunstancia y dada la confusión que reina en la noción de cuasi contrato, dice Bonnecase que "se atenderá al pago de lo indebido y a la gestión de negocios, dejando a un lado las otras pretendidas aplicaciones de nuestra noción" *[Précis,* tomo II, núm. 432].

663. *Controversias sobre la noción de cuasi contrato.* "Una discusión de las más vivas se ha elevado en nuestra época a propósito de la noción de cuasi contrato" [Bonnecase, *Précis,* t. II, núm. 430]. Demogue se inclina a reconocer dicha noción, pero haciendo ciertas distinciones [t. III, núm. 3]. Hémard cree que debe mantenerse la noción de cuasi contrato, cuando menos reconociendo este carácter a la gestión de negocios [t. II, núm. 1311]. Se muestran adversos a dicha noción: Planiol [t. II, núm. 812], Colin et



Capitant [t. II, número 6], Josserand [t. II, núm. 10] y Bonnecase *[Précis,* t. II, números 430, 431, 434 y 441].

Cunha Gonçalves, refiriéndose a la gestión de negocios, dice lo siguiente: "El concepto del cuasi contrato, sin embargo, no implica que en la gestión de negocios, tanto el dueño como el gestor, tengan la intención de obligarse uno para con el otro; esta intención es una ficción enteramente innecesaria y no corresponde a la realidad en los casos en que la gestión fuese inútil o perjudicial al dueño... La gestión de negocio es, pues, un instituto único, caracterizado por lo ajeno del negocio administrado. Y cuando se dice que es un cuasi contrato debe entenderse, tan sólo, que el origen de la obligación es la Ley unida con un hecho o un acto del gestor que se asemeja a una actitud contractual y, en ciertos casos, puede aún convertirse, retroactivamente, en contrato, por la ratificación del dueño [t. IX, pág. 374].

Lévy-Ullmann, con relación también a la gestión de negocios, emite estos conceptos: "La institución de la gestión de negocios, recogida del Derecho Romano por todos los Códigos modernos, corresponde a una necesidad social indiscutida: la de estimular entre los ciudadanos las iniciativas dictadas por el espíritu de solidaridad. La Ley positiva, no pudiendo dictar en términos estrictos la regla de moral que obliga a los hombres a ayudarse los unos a los otros, debe, sin embargo, salvaguardar los intereses de aquellos que encargándose de los negocios de su prójimo ponen en práctica el precepto. Especialmente la Ley tiene el deber de asegurarles de antemano el reembolso de sus gastos. Y esto reclama una institución especial. Es fácil notar, en efecto, que el principio superior que funda la restitución del enriquecimiento ilegítimo no bastaría aquí; la concesión de una *conditio* a aquel que ha administrado el negocio de otro no le permitiría recurrir contra su obligado si no de *in rem verso,* si ha habido gestión provechosa; los desembolsos quedarían a su cargo aun cuando el negocio hubiera sido conducido muy hábilmente si no han producido para el dueño un resultado útil. Desde un segundo punto de vista, la *conditio* presenta aun otra inferioridad: inepta para proteger los intereses del gestor, deja, por otra parte, completamente desarmado contra él a la persona en cuyos negocios se ha inmiscuido. Ahora bien, hay aquí los buenos y los malos oficios. El hecho de encargarse de las cosas de otro no reposa siempre sobre motivos laudables; asimismo la gestión comenzada en un momento de entusiasmo puede, por lasitud, abandonarse estando en marcha. En pocas palabras, la *conditio* no pone al dueño en guardia contra la mala fe o la negligencia del gestor y las disposiciones sobre los actos ilícitos son inaplicables en la mayor parte de estos casos *[Code Civil Allemand, traduit et annoté,* t. II, página 209].

664. *La cuestión en nuestro Derecho.* En la exposición de motivos del Código de 1870, se designa a la gestión de negocios como cuasi contrato, y en este Código y en el de 1884 la gestión de negocios se reglamenta en un capítulo del título denominado "Del mandato o procuración y de la presta-

ción de servicios profesionales". Esta observación y la doctrina de Cunha Gonçalves, expuesta en el número anterior, nos induce a aceptar la noción de cuasi contrato respecto de la gestión de negocios en nuestros Códigos antiguos.

García Téllez, con referencia al Código vigente, dice que la gestión de negocios se aceptó como una función de solidaridad social, no como un mandato tácito *[Motivos*, etc., pág. 86], pero esto no impide, que la gestión de negocios pueda considerarse como cuasi contrato [véase el pasaje de Cunha Gonçalves que acabamos de citar]. Así lo designa Rossel [véase el número 648 de este libro] y Schneider et Fick estiman que la gestión de negocios tiene analogía con el mandato [véase el núm. 649 de este libro].

Pero no encontramos en nuestros Códigos, como en el Código Civil Francés, una categoría de fuentes de obligaciones con el nombre de cuasi contrato. Los dos hechos jurídicos a los que el Código Napoleón denomina cuasi contratos, en nuestros Códigos están considerados aparte uno del otro, y si analizamos su naturaleza, en vista de la doctrina de Lévy-Ullmann, citada en el número anterior, no encontraremos un carácter común a la gestión de negocios y al pago de lo indebido, que como sabemos es un caso de enriquecimiento ilegítimo.

Por último, confirmo lo expuesto en el título anterior y en este apéndice sobre la naturaleza de la gestión de negocios, después de haber leído la crítica infundada de Rojina Villegas *[Derecho Civil Mexicano*, t. V, vol. II, páginas 284 a 287].

## TÍTULO QUINTO

# LOS HECHOS ILICITOS

### CAPÍTULO PRIMERO

### *Ideas preliminares*

665. BIBLIOGRAFIA. MAZEAUD (H. et L.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle* (2e. é. y 4e. éd., 3 vols.; La misma obra por MAZEAUD (Henri et Leon) y TUNC, 5ª ed., 2 vols. publicados años 1957 y 1958; COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 175-225 *bis*; DEMOGUE, t. III, núms. 220 y sigs., t. IV y t. V; PLANIOL, t. II, núms. 862-931; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. IV, núms. 2850-2971; LAURENT, t. XX; GAUDEMET, páginas 296-336; JOSSERAND, t. II, núms. 406-555; HÉMARD, t. II, núms. 1344-1435; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, t. VI, núms. 475-572; BONNECASE, *Suppl.*, t. II, números 424-540; BONNECASE, *Précis*, t. II, núms. 391-428; BEUDANT, números 1144-1245; AUBRY et RAU, t. IV, párrafos 443 a 448; LALOU, *La responsabilité civile*, 1928; La misma obra, 4 edición, 1949; GARDENAT et SALMON-RICCI, *De la Responsabilité Civile (délits et quasi-délits)*; CHAUVEAU *et* FAUSTIN-HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, 6e. éd., tomo I, págs. 609-625; GARRAUD, *Traité Théorique et Pratique de Droit Pénal Français*, t. II, números 463-478; MICHOUD, *La théorie de la personalité morale*, 2e. éd., páginas 214 y sigs.; APPLETON, "L'abstention fautive en matière delictuelle, civil et pénal *(Revue Trimestrielle*, 1912, pág. 593); CROUZEL, "La responsabilité du fait des animaux dans la doctrine classique" *(Revue Trimestrielle*, 1923, página 29); SCHNEIDER et FICK, t. I, págs. 98-106, 140-143, 148-156; ROSSEL, tomo I, núms. 101-110, 128-130, 137, 140-142; TUHR, t. I, párrafo 46, páginas 324-331, párrafo 47, págs. 339-343, párrafo 49, págs. 350-356; ROSSEL et MENTHA, t. I, núm. 191; SALEILLES, en *Code Civil Allemand, traduit et annoté*, tomo II, págs. 395-398; SALEILLES, *Etude de la théorie générale de l'obligation*, etcétera, núms. 302-329; LAFAILLE, *Curso de obligaciones*, t. II, núms. 494-637; MANRESA, t. XII, comentarios a los artículos 1903, 1907, 1908 y 1910; BEVILAQUA, *Direito das obrigaçoes*, págs. 213-214; CHIRONI, *La Culpa en el Derecho Civil moderno;* GIORGI, t. V, núms. 137-428; LOMONACO, t. II, páginas 291-327; SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en Droit Français* 2 vols., 1939 (1e. éd.) y 1951 (2e. éd.).

666. *Noción del hecho ilícito.* Comenzaremos por recordar: *a)* Que hecho ilícito es el contrario a las Leyes de orden público o a las buenas

costumbres [art. 1830 del Código de 1928; art. 1280 del Código de 1884; Ferrara, *Teoria del Negozio Illecito nel Diritto Civile Italiano*, págs. 17, 3, 48 y 18]; *b)* Que en los hechos jurídicos ilícitos, el autor tiene voluntad de producir el hecho, pero independientemente de su voluntad nace de ese hecho, a su cargo, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que cause [véase el núm. 39 de este libro].

667. *Los Códigos.* De los hechos ilícitos que son delitos se ocupan los Códigos penales; los Códigos civiles tratan de los hechos ilícitos en general.

668. *Periodos legislativos.* Hay que distinguir, tratándose de actos ilícitos, como generadores de obligaciones, cinco periodos en nuestra legislación codificada.

1º Del 1º de marzo de 1871 al 31 de marzo de 1872, en el que estuvo vigente el Código Civil de 1870.

2º Del 1º de abril de 1872 al 14 de diciembre de 1929, en el que estuvieron vigentes el Código Penal de 1871 y los Códigos Civiles de 1870 y de 1884 (reproduciendo éste al anterior en la materia de que se trata).

3º Del 15 de diciembre de 1929 al 16 de septiembre de 1931, en el que estuvieron vigentes el Código Penal de 1929 y el Código Civil de 1884.

4º Del 17 de septiembre de 1931 al 30 de septiembre de 1932, en el que estuvieron vigentes el Código Penal de 1931 y el Código Civil de 1884.

5º Del 1º de octubre de 1932 hasta ahora, periodo de vigencia del Código Civil de 1928 y del Código Penal de 1931.

A continuación vamos a ocuparnos sucesivamente de los sistemas de nuestros Códigos en lo que respecta a los hechos ilícitos, prescindiendo del Código Penal de 1929 por su menor importancia, dado el poco tiempo que estuvo en vigor.

## CAPÍTULO SEGUNDO

## *Sistema del Código Penal de 1871*

### SECCION 1ª LOS DELITOS Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL

669. *Datos de la exposición de motivos.* En esta exposición se leen los conceptos generales que a continuación transcribimos: "El que causa a otro daños y perjuicios, o le usurpa alguna cosa, está obligado a reparar aquéllos y a restituir ésta, que es en lo que consiste la responsabilidad civil. Hacer que esta obligación se cumpla no sólo es de estricta justicia, sino de conveniencia pública, pues contribuye a la represión de los delitos... Pero, ¿deberá tratarse esta materia en el Código Civil o en el Penal? Esta fue la



primera cuestión que había que resolver y que se resolvió adoptando el segundo extremo, de acuerdo con la comisión de Código Civil, por habernos parecido más conveniente que en el Código Penal vayan unidas las reglas sobre responsabilidad criminal con las de la civil, que casi siempre es una consecuencia de aquélla... La Comisión hubiera querido comparar la mayor parte de las legislaciones extranjeras sobre responsabilidad civil, porque esto le habría servido de mucho auxilio; pero por desgracia no ha podido tener a la vista sino el último Código de Veracruz, en que se insertó literalmente lo que sobre esta materia trae la Ley de 5 de enero de 1857; los pocos artículos que se leen en el Código Francés de procedimientos criminales; los del Código Penal Español y lo que prescribe el Código Civil de Portugal, que es el que trata de este punto con mayor extensión. Mas notando algunos vacíos, se han procurado llenar, siguiendo las doctrinas de autores franceses muy respetables y las ejecutorias de los tribunales de Francia, que son la guía principal que hemos tenido para formar el libro II."

670. *Observación.* Por lo expuesto, el Código Penal de 1871 es el que contiene una doctrina completa sobre la materia y no los antiguos Códigos Civiles. En Francia los autores de Derecho Civil son los que tratan con toda amplitud de los hechos ilícitos como generadores de responsabilidad civil.

671. *Delito intencional y delito de culpa.* Según nuestro antiguo Código Penal, "Delito es la infracción voluntaria de una ley penal haciendo lo que ella prohibe o dejando de hacer lo que manda" [art. 4º]. Es decir, el delito puede consistir en un hecho activo o en una omisión. El mismo Código subdivide el delito, en delito intencional y en delito de culpa [art. 6º]. Llama delito intencional al que se comete con conocimiento de que el hecho o la omisión en que consiste son punibles [art. 7º]. Hay delito de culpa: cuando se ejecuta un hecho o se incurre en una omisión, que aunque lícitos en sí, no lo son por las consecuencias que producen, si el culpable no las evita por imprevisión, por negligencia, por falta de reflexión o de cuidado, por no hacer las investigaciones convenientes, por no tomar las precauciones necesarias o por impericia en un arte o ciencia cuyo conocimiento es necesario para que el hecho no produzca daño alguno, etc. [artículo 11, frac. I]. Al delito de culpa, en Derecho francés, se le llama cuasi delito [Colin et Capitant, t. II, núm. 177].

672. *La culpa o falta.* Causar un daño o perjuicio sin derecho es obrar con culpa o falta. A este respecto se expresa así Chironi: "Todo hecho que produce la violación de un deber, ya tenga su razón de ser en la voluntad, ya en la Ley, es un hecho ilícito y el agente debe responder por vía de relación especial cuando al elemento objetivo, que es el acto injustamente cometido *(non jure)*, va unido el subjetivo, eso es, el estado particular de su

ánimo con relación a una determinada injuria. El acto entonces es, no solamente injusto, sino culposo... El concurso del elemento subjetivo... da a la acción ilícita (lesión injuriosa; elemento objetivo del acto culposo) el carácter de culposa (culpa en sentido lato: de intención o bien por negligencia). La ilicitud no está sólo en obrar, en el hacer, sino también en el no hacer (omisión); porque se viola el derecho ajeno, tanto por quien debía hacer alguna cosa en virtud de él, como por quien, al efecto de respetarlo, debía abstenerse de hacer algo" *[La culpa en el Derecho Civil moderno.* "Culpa contractual", Capítulo Primero. "De la culpa en general", números 1 y 3].

Colin y Capitant, exponiendo la noción de falta, dicen: "Los redactores del Código Civil no han dado definición de la falta; han creído inútil hacerlo, pensando sin duda que la significación de esta palabra es bien clara. Cuando se dice que un hombre ha cometido una falta, cada uno comprende lo que esto quiere decir. Esto significa que este hombre no se ha conducido como habría debido conducirse, que no ha hecho lo que habría debido hacer" [t. II, núm. 190].

Por último, H. y L. Mazeaud, a su vez, observan que "todos están de acuerdo en designar por delito la falta intencional y por cuasi delito la falta no intencional" *[Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle,* t. I, núm. 405 de las ediciones 2ª y 4ª].

673. *Responsabilidad civil delictuosa.* El delito, o sea el hecho o la omisión contrarios a una Ley penal, produce la responsabilidad civil, que consiste en la obligación que el responsable tiene de hacer la restitución, la reparación, la indemnización y el pago de gastos judiciales [art. 301].

"La restitución consiste: en la devolución así de la cosa usurpada, como de sus frutos existentes en los casos en que el usurpador deba restituir éstos, con arreglo al Derecho Civil" [art. 302].

"La reparación comprende: el pago de todos los daños causados al ofendido, a su familia o a un tercero, con violación de un derecho formal, existente y no simplemente posible, si aquéllos son actuales y provienen directa e inmediatamente del hecho u omisión de que se trate, o hay certidumbre de que ésta o aquél los han de causar necesariamente, como una consecuencia próxima e inevitable" [artículo 304].

"La indemnización importa: el pago de los perjuicios, esto es, de lo que el ofendido deja de lucrar como consecuencia inmediata y directa de un hecho u omisión con que se ataca un derecho formal, existente y no simplemente posible y del valor de los frutos de la cosa usurpada, ya consumidos, en los casos en que deban satisfacerse con arreglo al Derecho Civil" [artículo 305].

"En el pago de gastos judiciales sólo se comprenden los absolutamente necesarios que el ofendido haga para averiguar el hecho o la omisión que da margen al juicio criminal y para hacer valer sus derechos en este juicio o en el civil" [art. 307].



"La responsabilidad civil no podrá declararse sino a instancias de parte legítima" [art. 308].

674. *Falta de daño o perjuicio.* El Derecho, en materia de responsabilidad civil, no se ocupa del delito sino para asegurar la reparación del daño o perjuicio que haya causado, trata de hacer recaer sobre el patrimonio del autor del hecho delictuoso la pérdida causada en el patrimonio de la víctima de este hecho. Así, pues, no tiene en cuenta los delitos que no causan daño o perjuicio a otra persona, como, por ejemplo, la tentativa de asesinato, etc. [art. 326, y Colin et Capitant, t. II, núm. 178].

675. *Elementos de la responsabilidad delictuosa.* El artículo 326 del Código Penal, establece que: "A nadie se puede declarar civilmente responsable de un hecho u omisión contrarios a una Ley penal, si no se prueba: que se usurpó una cosa ajena; que sin derecho causó por sí mismo o por medio de otro, daños o perjuicios al demandante; o que, pudiendo impedirlo el responsable, se causaron por persona que estaba bajo su autoridad."

Analizando este precepto se encuentran como elementos de la responsabilidad civil delictuosa, los siguientes: *a)* Acción u omisión sin derecho: *b)* Usurpación de una cosa ajena o existencia de daño o perjuicio; *c)* Relación de causalidad entre el hecho delictuoso y el daño o perjuicio; *d)* Hecho u omisión personal del responsable o de otra persona que estaba bajo su autoridad cuando aquel pudo impedir el daño o perjuicio. De estos elementos ya hemos tratado, con excepción del último, del que nos ocuparemos después.

676. *Responsabilidad civil y criminal.* El artículo 327 del Código Penal, declara que: "Siempre que se verifique alguna de las condiciones del artículo anterior incurrirá el demandado en responsabilidad civil, sea que se le absuelva de toda responsabilidad criminal o que se le condene." Así, por ejemplo, ni la amnistía ni el indulto extinguen la responsabilidad civil [arts. 364 y 365].

Pero nótese que para que haya responsabilidad civil se requiere la existencia de un delito. Si un juez, en proceso penal, resuelve que determinado hecho no es delito, ya no puede basarse en ese hecho una responsabilidad civil [art. 326].

677. *Hecho lícito.* En el artículo 34 del Código, se enumeran las circunstancias que excluyen de responsabilidad criminal por infracción de las Leyes penales, y encontramos entre ellas: "Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas" [frac. 12ª]; "Obrar en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho" [frac. 14ª]; "Infringir una Ley penal dejando de hacer lo que ella manda, por un impe-

dimento legítimo e insuperable" [frac. 16ª]. En todos estos casos no hay hecho ilícito y por tanto no hay responsabilidad civil.

## SECCION 2ª LAS PERSONAS RESPONSABLES

678. *Hecho personal.* Desde luego el que ejecuta un hecho delictuoso es responsable civilmente [art. 326].

En Derecho Francés se requiere además que ese hecho le sea imputable a su autor: "ninguno es responsable de sus faltas sino en tanto que se encuentra en estado de comprender el alcance de sus actos, es decir, capaz de discernimiento. De aquí que el niño que no ha llegado a la edad de la razón, el idiota, el loco... no se obligan cuando cometen un acto perjudicial a otro" [Colin et Capitant, t. II, num. 188 y Josserand, tomo II, núms. 455-457].

En nuestro Derecho no es lo mismo. En efecto, en el artículo 355 del Código, se establece que: "Los que se hallen privados de la razón y los menores que obren sin discernimiento, sólo serán responsables cuando a las personas que los tienen a su cargo no les resulte responsabilidad civil o no tengan bienes con que cubrirla. Pero si no se hallaren en tutela ni bajo la patria potestad, ellos serán los únicos responsables." Este precepto concuerda con el artículo 829 del Código Civil Alemán y, según Josserand, con la tendencia legislativa, contemporánea [t. II, números 458 y 459].

Con referencia al artículo 355 citado, se lee en la exposición de motivos: "Al tratar de las personas civilmente responsables, se examinó si lo son o no los que causan algún daño hallándose en estado de enajenación mental, y los menores que obran sin discernimiento. Los que sostienen que son irresponsables, se fundan en que aquéllos obran sin dolo y sin culpa, pues no tienen voluntad ni conocimiento de lo que hacen. Sin embargo de esto, la Comisión ha seguido la opinión contraria, como se hizo en el Código Penal Español y en la Ley mexicana de 5 de enero de 1857; porque le pareció injusto que se quede reducido a la miseria el que sin culpa suya sufrió un grave daño tan sólo porque el que se lo causó no supo lo que hacía, cuando éste puede repararlo fácilmente. Supongamos que un demente o un menor que posee inmensas riquezas destruye todo lo que forma el pequeño patrimonio de un infeliz, y que la reparación de ese daño es de ninguna importancia para el que lo causó, y de suma trascendencia para el perjudicado: ¿Habrá quien no esté por la indemnización? Pero como se darán otros muchos casos en que, de tener que hacerla, podría venir la ruina del que inculpablemente causó el daño, y esto tampoco sería justo, la Comisión establece el beneficio de competencia, como lo hacen la Ley mexicana y el Código citados, para evitar todo inconveniente."

Beneficio de Competencia, según puede verse en el Diccionario de Escriche, es "el derecho que tienen algunos deudores por razón de parentesco, relaciones, estado, liberalidad o desgracia, para no ser reconvenidos u obligados a más de lo que pudieren hacer o pagar después de atender a su precisa subsistencia". Disfrutan de dicho beneficio por razón de parentesco y relaciones (por ejemplo) los ascendientes respecto de sus descendientes y al contrario, los hermanos, los cónyuges, etc.



679. *Hecho de otro.* Hay veces en que una persona ejecuta un acto ilícito y la responsabilidad civil, aunque no la criminal, nace a cargo de otra persona. Tales son los casos enumerados en los artículos 329 y 331 del Código Penal, de los cuales sólo señalaremos, como ejemplos, la responsabilidad de los padres por sus hijos que se hallaren bajo su patria potestad en su compañía y a su inmediato cuidado [art. 329, frac. I], y la responsabilidad de los dueños de carruajes y de las compañías de caminos de hierro por los hechos u omisiones de sus dependientes o criados [artículo 331, frac. II].

La responsabilidad que recae sobre los padres se debe a que "la patria potestad impone a los padres obligaciones no solamente respecto del hijo, sino respecto de los terceros; deben, dando a sus hijos una buena educación y vigilándolos atentamente, impedirles que causen un perjuicio. Así, cuando el hijo causa un daño, puede pensarse que sus padres no han cumplido exactamente con su deber, que han cometido una falta... Se ve así que la responsabilidad de los padres... no es propiamente hablando una responsabilidad por el hecho de otro. Los padres no responden por el hecho de sus hijos, sino por su propia falta" [Mazeaud, *op. cit.*, t. I, núms. 734 y 783]. Por lo mismo, "los padres... no serán responsables cuando acrediten que no tuvieron culpa ni pudieron impedir el hecho o la omisión de que nace la responsabilidad" [art. 333]. [Véase Bibliografía en el número 702 de este libro].

La responsabilidad que recae sobre los dueños de carruajes y de las compañías de caminos de hierro puede explicarse, ya por su culpa en haber escogido mal a sus dependientes, ya por su falta de vigilancia o bien por la idea de substitución del comitente al comisionado. En este último caso, el acto que produce la responsabilidad es un acto culpable del comisionado y no del comitente; pero éste ha hecho de aquél la prolongación de su persona [Mazeaud, *op. cit.*, tomo I, núms. 931 y 939].

680. *Hecho de las cosas.* "Del daño y los perjuicios que cause un animal o una cosa, es responsable la persona que se esté sirviendo de aquél o de ésta al causarse el daño; a menos que acredite no haber tenido culpa alguna" [art. 343].

681. *Importancia del antiguo Código Penal.* Estudiando este Código se adquiere el conocimiento de la doctrina clásica en materia de responsabilidad civil, que es antecedente de los preceptos de nuestros otros Códigos. No hay que olvidar la antigua regla de derecho que dice: las leyes posteriores pertenecen a las anteriores, a no ser que sean contrarias a ellas.

## CAPÍTULO TERCERO

### *Las reglas del Código Civil de 1884*

682. *Las dos especies de culpa.* En el capítulo que tiene por título "De la responsabilidad civil", se encuentra el artículo 1458, del tenor siguiente: "Son causas de responsabilidad civil: I. La falta de cumplimiento de un contrato. II. Los actos u omisiones que están sujetos expresamente a ella por la Ley." La falta a que se refiere el inciso I es lo que se llama culpa contractual, y los actos u omisiones a que alude el inciso II constituyen la responsabilidad o culpa extracontractual.

Entre los artículos que contiene el capítulo citado, los números 1475 y siguientes se refieren a la responsabilidad extracontractual y de ellos, los artículos 1480 y 1481 son meras referencias al Código Penal.

683. *Los daños y los perjuicios.* Se entiende por daño lo que los antiguos llamaban "Daño emergente", es decir, la pérdida que una persona sufre en su patrimonio. Se reputa perjuicio, lo que antiguamente se llamaba "lucro cesante", es decir, la privación de una ganancia lícita [véanse artículos 1464 y 1465].

Algunas veces empleando ya la palabra daño, ya la palabra perjuicio, se quiere designar con una sola de ellas los dos conceptos que acabamos de expresar.

684. *El principio.* Es causa de responsabilidad civil cualquier acto lícito en sí mismo, pero en cuya ejecución haya habido culpa o negligencia y del cual resulte un daño [véase art. 1478, parte final].

685. *La ruina de un edificio.* El artículo 1476, establece que: "El dueño de un edificio es responsable del daño que cause la ruina de éste, si depende de descuido en la reparación o de defectos de construcción." Este precepto concuerda con el artículo 1386 del Código Civil Francés. Del comentario que sobre este último artículo hacen H. y L. Mazeaud, en el tomo segundo de su obra, citada en el número 665 de este libro, tomamos los siguientes conceptos: "El artículo 1386 designa claramente a la persona que debe responder del daño causado por la ruina de un edificio: es el propietario de este edificio [núm. 1027]... el propietario permanece responsable aunque haya dado en arrendamiento su edificio; el arrendatario no puede ser afectado sino indirectamente por una demanda del propietario... Cuando un usufructo recae sobre un edificio, el nudo propietario, no el usufructuario, es responsable del daño causado por la ruina, salvo la posibilidad de una reclamación contra este último [núm. 1033]... Hay que decir que hay ruina de un edificio... cada vez que hay caída total o parcial de los materiales que componen el edificio [núm. 1042]... La



víctima, para obtener reparación basada en el artículo 1386, debe establecer: por una parte, sea un defecto de conservación, sea un vicio de construcción, por otra parte, un vínculo de causa a efecto entre la falta de conservación o el vicio de construcción y el daño sufrido [núm. 1049]... Desde que la víctima ha demostrado, sea la falta de conservación, sea el vicio de construcción, el propietario es necesariamente responsable del daño que es su consecuencia; de nada le serviría demostrar que no ha cometido falta alguna [núm. 1055]... Si un inmueble bien construido y bien conservado se derrumba a consecuencia de un temblor de tierra o de un bombardeo, no habría que aplicar el artículo 1386... si la falta de conservación no es sino la consecuencia necesaria de la falta de la víctima o del caso fortuito, el propietario está liberado; la verdadera causa del daño está en efecto, en este caso, no en la falta de conservación, sino en la culpa de la víctima o en la fuerza mayor; así es si el propietario no ha podido reparar su casa porque la invasión enemiga se lo ha impedido o porque la víctima ha presentado un obstáculo para ello [núm. 1056]... Fundamento de la responsabilidad dictada por el artículo 1386 del Código Civil... siempre una falta se ha cometido. Ya, es obra del propietario... Ya, es imputable a un tercero. Normalmente, la víctima debería entonces dirigirse a ese tercero; los redactores del Código no lo han querido; la víctima no tiene los elementos necesarios para apreciar a quién es imputable la falta de conservación o el vicio de construcción; así le permite demandar siempre al propietario: se declara a este último responsable por otro; pero se reserva el propietario un recurso contra el autor de la culpa... La culpa queda pues siendo el fundamento de la responsabilidad en el artículo 1386 [núm. 1070]..."

De acuerdo con las ideas que acabamos de exponer, el artículo 1477 de nuestro Código Civil de 1884, establece que: "en el segundo caso del artículo anterior queda salvo al dueño su derecho contra el arquitecto, conforme al artículo 2485". Es decir, que si la ruina de un edificio depende de defectos de construcción y éstos se deben al arquitecto, el dueño del edificio es sin embargo el responsable para con la persona a quien se hubiere causado daño.

686. *Casos afines al anterior.* Según el artículo 1478 del Código de 1884, "Lo dispuesto en el artículo 1476 comprende los daños causados por la caída parcial de algún edificio, o de árboles, o de cualquiera otro objeto de propiedad particular: los que provengan de descomposición de canales y presas, los que se causen en la construcción y reparación de edificios..."

Así, pues, si una persona construye un edificio y en esa construcción hay algún defecto, por ejemplo, si se excede en su carga el límite fijado en el reglamento de construcciones, y por esta razón el nuevo edificio sufre un hundimiento que causa deterioros a una finca colindante, el propietario de este edificio está obligado a reparar los daños causados a la casa

contigua. Y no le servirá al propietario del nuevo edificio alegar que no incurrió personalmente en culpa alguna porque acudió a un arquitecto titulado, a quien consideró competente, para ejecutar debidamente la obra, y que los planos y especificaciones de ella fueron aprobados por la Dirección de Obras Públicas.

687. *Los establecimientos industriales.* "También habrá lugar a la responsabilidad civil por los daños que causen los establecimientos industriales, ya en razón del peso y movimiento de las máquinas, ya en razón de las exhalaciones deletéreas; o por la aglomeración de materias o animales nocivos a la salud, o por cualquiera otra causa que realmente perjudique a los vecinos. Esta materia queda sujeta a los reglamentos de policía" [artículo 1479]. En estos casos la culpa consiste en la infracción de los reglamentos de policía.

## CAPÍTULO CUARTO

### *El sistema del Código Civil de 1928*

688. *Tabla B*

C. v. 1910.—C. O. 41.—C. Ruso 403.
„ „ 1911.—C. O. 54.—C. Al. 829.—C. Penal 329, I.
„ „ 1914.—Demogue, t. III, pág. 47.
„ „ 1915.—(Antes de la reforma de 23 de diciembre de 1975) Rossel, t. I, núm. 112.
„ „ 1917.—C. O. 50.—C. Al. 830.—C. a. 1474.
„ „ 1918.—C. Civil Suizo 55.—C. Al. 31.
„ „ 1919.—C. Penal 329, I.—C. Arg. 1114.—C. N. 1384.—C. a. 1481.
„ „ 1920.—C. Arg. 1115.—C. a. 1481.
„ „ 1921.—C. Penal 329, II.—C. Arg. 1117.—C. a. 1481.
„ „ 1922.—C. Arg. 1116.—C. N. 1384.—C. a. 1481.
„ „ 1923.—C. Penal 329, III.—C. Arg. 1117.—C. a. 1481.
„ „ 1924.—C. B. 1521, III.—C. O. 55.—C. E. 1903.
„ „ 1925.—C. Arg. 1118.—C. N. 1384, 3º—C. a. 1481
„ „ 1926.—C. Arg. 1122.
„ „ 1927.—C. Arg. 1123.
„ „ 1929.—C. B. 1527.—C. E. 1905.—C. a. 1480.
„ „ 1930.—C. Arg. 1125.—C. a. 1480.
„ „ 1931.—C. E. 1907.—C. O. 58.—C. a. 1476 y 1478.
„ „ 839.—C. Al. 909.—C. Arg. 2615.—C. a. 731.
„ „ 1932.—C. E. 1908.—C. Arg. 1133.—C. A. 1478 y 1479.
„ „ 1933.—C. E. 1910.—C. a. 1478.
„ „ 1934.—C. a. 1484 y 1485.



## SECCION 1ª EL HECHO ILICITO Y LA OBLIGACION DE SU AUTOR

689. *Antecedentes extranjeros.* Código Napoleón, artículo 1382: "Todo hecho cualquiera del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquel por cuya falta ha acontecido."

Código Civil Alemán, artículo 823: "El que por un hecho contrario al derecho, ataca, con intención o negligencia, la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad, o cualquier otro derecho de otra persona, está obligado para con ésta a la reparación del daño que de aquel hecho ha resultado."

Código (suizo) de las Obligaciones, artículo 41: "El que causa de una manera ilícita un daño a otro, sea intencionalmente, sea por negligencia o imprudencia, está obligado a repararlo. El que causa intencionalmente un daño a otro por hechos contrarios a las costumbres, está igualmente obligado a repararlo."

Código Civil ruso, artículo 403: "El que ha causado un daño a la persona o al bien de otro, está obligado a repararlo. Queda librado de esta obligación si prueba que no podía prevenir este daño o que tenía el poder legal de causarlo, o que se produjo como resultado de la premeditación o de la negligencia burda de la víctima misma."

690. *El principio de nuestro Código.* El precepto fundamental de nuestro Código vigente es el primer artículo del capítulo "De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos", concebido en estos términos: "Artículo 1910. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, o menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima." Como se ve, este precepto concuerda sustancialmente con los citados en el párrafo anterior, estando tomado, en su primera parte, del artículo 41 del Código (suizo) de las Obligaciones y, en su segunda parte, del 403 del Código ruso.

691. *Interpretación del principio.* Comenzaremos por dar a conocer el comentario de un autor suizo, a fin de determinar el sentido y el alcance de la primera parte del artículo 1910. Acudiremos a la obra de Rossel, tomo I, capítulo titulado: "De las obligaciones que resultan de actos ilícitos", que dice: "101. Este capítulo... trata de la culpa aquiliana... Los principios consagrados por los artículos 41 y siguientes, tienen, en buena parte su fuente en los artículos 1382 y siguientes del Código Civil Francés." Por esto comencé dando a conocer el texto de este artículo francés y muchas doctrinas francesas serán útiles en la interpretación del artículo 1910 y sus aplicaciones. Sigue el comentarista suizo diciendo: "nuestro Código obliga al autor de todo delito o cuasi delito a reparar el mal, ma-

terial o moral, que ha causado, consciente o inconscientemente; poco importa que el hecho dañoso esté o no reprimido por la ley penal, siempre que sea un hecho ilícito. Comprobamos que nuestro Código se ha adherido, en suma, a la teoría tradicional de la responsabilidad fuera de contrato... 103. El acto ilícito, en el sentido del artículo 41, es pues todo acto nocivo causado sin derecho o, si se prefiere, todo acto que implique una culpa, aun la más ligera —*in lege aquiliana levissima culpa venit*—, y por otra parte, imputable a su autor, puede traer consigo la aplicación de dicho artículo... 104. Debe, naturalmente, existir, entre el acto ilícito y el daño cuya reparación se demanda, cierta relación de causalidad... 107. En resumen, el acto generador de la responsabilidad, se descompone en los elementos siguientes: 1º Un acto (de comisión o de omisión, salvo lo que hemos dicho antes); 2º Imputable al demandado; 3º Dañoso para el demandante; ya sea que experimente una pérdida o que sea privado de una ganancia; 4º Ilícito, es decir, causado sin derecho, intencionalmente o por imprudencia o negligencia... 108... ¿A quién pertenece la acción de indemnización? Generalmente, a la persona directamente lesionada por el acto ilícito..." Si se compara este comentario, apropiado para nuestro Código vigente, con la teoría adoptada por el Código Penal de 1871, vemos que hay entre ambos una gran concordancia.

La segunda parte de nuestro artículo 1910, aunque está tomada en sus términos de las últimas palabras del artículo 403 del Código ruso, no por ello deja de pertenecer a la misma teoría que la primera parte. Para demostrarlo reproducimos los siguientes conceptos de Colin et Capitant [tomo II, núm. 182]: "Ideas directrices del Código Civil. La idea de falta. Teoría clásica. El rasgo característico del Código Civil en esta materia, sobre el que importa sobre todo insistir, sin perjuicio de precisar mejor después su carácter y su alcance, es el de que la responsabilidad delictuosa tiene por base fundamental la noción de falta, es decir, de acto culpable, ilícito. De donde se desprende la doble consecuencia siguiente: 1º Cualquiera que se queje de haber sido lesionado por el hecho de otro debe necesariamente probar, para tener derecho a la reparación, que ese hecho ha constituido una falta por parte de su autor. 2º El autor del acto perjudicial debe quedar libre de responsabilidad por ese perjuicio, si demuestra que ese daño no es imputable a una falta de él. Así es en los diversos casos siguientes: *a)* Cuando el autor del hecho perjudicial ha usado de un derecho al realizar el hecho en cuestión. *b)* Cuando la verdadera causa del hecho perjudicial es un caso fortuito o de fuerza mayor. *c)* Cuando la causa del perjuicio se encuentra en el hecho de la víctima misma. Si el hecho es debido a la vez a la falta del agente y a la de la víctima, hay falta común. La responsabilidad del agente subsiste, pero limitada, reducida en la medida en que el hecho es imputable a la víctima misma."

H. y L. Mazeaud, tratando del mismo tema, se expresan así en su *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictuosa y contractual*, ediciones 2ª y 4ª: "En materia de accidentes del trabajo, la Ley... distingue



entre tres categorías de faltas: si la víctima intencionalmente ha provocado el accidente, no puede obtener reparación; si la culpa es inexcusable, la pensión puede ser disminuida; si la culpa no es ni intencional ni inexcusable carece de efecto sobre el derecho a indemnización [t. II, número 1456]... Si el hecho de la víctima es la única causa del daño, el demandado debe siempre ser exonerado... en realidad, no se prevale del hecho de la víctima, sino de la ausencia de vínculo de causalidad entre su hecho propio y el perjuicio [t. II, núm. 1464]... Cuando el hecho de la víctima concurre con la culpa del demandado a la realización del daño, ¿este hecho debe ser culpable para tener una incidencia sobre la responsabilidad? La afirmativa está admitida sin discusión: el demandado no puede prevalerse sino de las culpas de la víctima para pedir una exoneración total o parcial" [t. II, núm. 1465].

692. *El responsable incapaz.* "Artículo 1911. El incapaz que cause daño debe repararlo, salvo que la responsabilidad recaiga en las personas de él encargadas, conforme a lo dispuesto en los artículos 1919, 1920, 1921 y 1922." García Téllez, funda este artículo diciendo: "La Comisión estableció que el que causa un daño, aun cuando se trate de incapaces o de irresponsables, debe repararlo, pues no es justo que él sufra las consecuencias del acto de otro, solamente porque éste al obrar no incurrió en responsabilidad por falta de discernimiento" *[Motivos, colaboración y concordancias del nuevo Código Civil Mexicano*, pág. 86].

693. *Las personas morales.* "Artículo 1918. Las personas morales son responsables de los daños y perjuicios que causen sus representantes legales en el ejercicio de sus funciones." En vista de los precedentes de este artículo vamos a determinar su sentido y alcance transcribiendo los comentarios de los siguientes autores.

Rossel y Mentha [tomo I, números 190 y 191]: "Los órganos de una persona moral son menos sus representantes que esta persona moral misma encarnada en ellos, por decirlo así... La voluntad de una persona moral, declara el artículo 55... se expresa por sus órganos... establece una responsabilidad primaria y no solamente subsidiaria; éstos (los órganos) obligan a la persona moral por sus actos jurídicos y por todos los otros hechos que ejecutan en esta calidad... Los otros hechos son aquellos de naturaleza contractual o delictuosa, con la reserva de que proceden de un órgano que ha obrado en esta calidad. Nuestra Ley consagra el principio de la responsabilidad civil de las personas morales por sus actos ilícitos... Contratos, actos unilaterales, faltas contractuales, delitos y cuasi delitos, todo entra en la esfera de los actos por los cuales los órganos pueden obligar a la persona moral cuando han ejecutado esos actos en el ejercicio de sus funciones."

Enneccerus-Nipperdey [volumen I, párrafo 103, páginas 482-483]: "I. La responsabilidad de la persona jurídica por los órganos de voluntad.

La voluntad de estos órganos vale como voluntad de la persona jurídica misma que en consecuencia responde —exactamente como una persona natural— de su acto propio. Esta disposición no sólo rige para las asociaciones (art. 31) sino... como principio general derivado de la esencia de la persona jurídica... 1. La responsabilidad se refiere únicamente a los actos de los representantes nombrados conforme a la constitución, o sean la dirección, un miembro de la dirección incluyendo los miembros substitutos o un representante especial nombrado conforme a la constitución [art. 31]; pero no, por consiguiente, a los actos de otros encargados mandatarios, cuyas facultades se basen en acuerdos de la dirección o de la asamblea de asociados y no en la constitución."

Saleilles [en el *Code Civil Allemand, traduit et annoté*, tomo I, página 30]: "El Código Civil consagra a este respecto una verdadera responsabilidad puramente objetiva... De allí que tratándose de responsabilidad por otro el interés considerable estará en distinguir a aquellos que en su calidad de órganos de la asociación comprometerán la responsabilidad de esta última bajo las condiciones del artículo 31, de aquéllos, simples agentes o empleados por los cuales la asociación no responderá sino en caso de que esté en falta, conforme al artículo 831, o al menos bajo la condición de falta presunta que implica el artículo 831. Y este círculo comprenderá, según el texto, no solamente los miembros de la dirección tomados en su conjunto o individualmente, sino los representantes especiales instituidos en virtud de una disposición estatutaria que prevea y permita este nombramiento conforme al artículo 30." Para que se comprenda bien el comentario de Saleilles, debemos advertir que el artículo 31 del Código Alemán concuerda con el artículo 1918 de nuestro Código vigente que estamos comentando, y el artículo 831 del Código Alemán se refiere a un caso semejante a los previstos en los artículos 1924 y 1925 de nuestro Código, de los cuales nos ocuparemos en la sección segunda de este capítulo.

En el mismo sentido que los autores anteriores está Michoud [*La théorie de la personnalité et son application au Droit Francais*, 2e. éd., números 275 y 276].

Mazeaud (H. y L.), a su vez, enseñan lo que sigue: "Concluimos pues que las personas morales son, desde el punto de vista civil, responsables de sus actos culpables y dañosos. Sus órganos, que han querido y ejecutado estos actos, no son responsables en su calidad de órganos. Pero los miembros del grupo, que han hecho cometer a la persona moral el acto culpable, están ellos mismos individualmente en falta y por tanto son personalmente responsables" [*op. cit.*, t. II, núm. 1993].

694. *El Estado.* "Artículo 1927. El Estado tiene obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos".



Con relación a la responsabilidad civil del Estado nos parece pertinente transcribir los siguientes conceptos de Mazeaud (H. y L.): "El agente de la administración es el órgano de la persona moral pública. Ahora bien, toda persona moral debe responder de los actos de sus órganos porque son sus propios actos, como toda persona física responde de los movimientos de sus manos. Cuando el órgano obra en calidad de órgano es la persona moral la que obra. Cuando el agente de la administración obra en su calidad de agente, es la persona moral pública la que obra. La regla resulta de la concepción misma de la personalidad moral...: pero como el agente responde también de sus faltas personales se encuentra uno enfrente de una acumulación de responsabilidades, la del agente y la de la administración, y esta acumulación se produce en ocasión de un mismo acto, el acto del agente, que es al mismo tiempo falta del agente y falta de la persona moral pública... Solamente que el cúmulo de responsabilidades no podría significar acumulación de reparaciones... Una vez que uno de los responsables ha reparado el daño... la víctima no puede ya exigir más" [*op. cit.*, t. III, núms. 2008-4 y 2008-5].

695. *La reparación del daño.* El texto original del artículo 1915 establecía: "La reparación del daño debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él, y cuando ello sea imposible, en el pago de daños y perjuicios."

Este artículo está inspirado en la siguiente doctrina de Rossel [*op. cit.*, t. I, núm. 112]: "Las indemnizaciones de daños y perjuicios, ya lo hemos indicado, no consistirán necesariamente en dinero; podrán afectar las formas más diversas, pudiendo el autor del acto ser condenado a restablecer los bienes al estado anterior... o a suprimir obras, bajo reserva de las indemnizaciones de daños y perjuicios complementarias; o aún, y siempre bajo la misma reserva, la parte lesionada podrá ser autorizada a ejecutar los trabajos de restablecimiento o de supresión a expensas del deudor; o en fin, éste podrá no ser condenado sino a pagar una indemnización —en capital, pensión o renta— que representen el perjuicio causado... En cuanto al daño, comprenderá la pérdida y la falta de ganancia ocasionadas por el acto ilícito, el *damnum emergens* y el *lucrum cessans*..."

El texto comentado fue modificado por decreto de 16 de diciembre de 1975 [*D. O.*, 22/XII/1975] dejando a la elección del ofendido el optar por el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o por el pago de daños y perjuicios, a diferencia del texto anterior que sólo señalaba el pago de los daños y perjuicios en el supuesto de que el restablecimiento de la situación anterior fuere imposible.

695 *bis. Reglas para fijar el monto de la indemnización.* El decreto de 30 de diciembre de 1939 [*D. O.*, 20/I/1940], adicionó el artículo 1915 fijando las reglas para establecer el monto de la indemnización, y el decreto

de 16 de diciembre de 1975 [*D. O.*, 22/XII/ 1975], las modificó, quedando en los términos siguientes: "Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal, o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en el Distrito Federal y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima. Los créditos por indemnización cuando la víctima fuere un asalariado son intransferibles y se cubrirán preferentemente en una sola exhibición, salvo convenio entre las partes. Las anteriores disposiciones se observarán en el caso del artículo 2647 de este código."

La reforma de 1975 amplió considerablemente el monto de la indemnización lo cual puede apreciarse si se toma en cuenta que el texto anterior señalaba que cuando la utilidad o salario de la víctima excediera de veinticinco pesos diarios no se tomaría en cuenta sino esa suma para fijar la indemnización. Por otra parte el nuevo texto invierte la regla del texto derogado que establecía que la indemnización se pagaría preferentemente en forma de pensión o pagos sucesivos.

696. *El hecho lícito.* "Artículo 1914. Cuando sin el empleo de mecanismos, instrumentos, etc., a que se refiere el artículo anterior y sin culpa o negligencia de ninguna de las partes se producen daños, cada una de ellas los soportará sin derecho a indemnización." Este artículo está inspirado en el siguiente pasaje de Demogue: "Queda un último caso por considerar: aquel en que, sin empleo de organismos peligrosos, se produce un accidente sin falta ni de una parte ni de otra. La teoría clásica dice aquí que hay caso fortuito y cada uno soporta sus propios daños" [t. III, núm. 289, pág. 477]. El mismo autor pone este ejemplo: "en una calle muy oscura dos viandantes chocan entre sí, uno de ellos cae y se hiere" [t. III, núm. 283, pág. 474].

## SECCIÓN 2ª RESPONSABILIDAD POR LOS HECHOS DE OTRAS PERSONAS

697. Los *que ejercen la patria potestad.* "Artículo 1919. Los que ejerzan la patria potestad tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos."

698. *Los directores de colegios, etc.* "Artículo 1920. Cesa la responsabilidad a que se refiere el artículo anterior, cuando los menores ejecuten los actos que dan origen a ella, encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, de talleres, etc., pues entonces esas personas asumirán la responsabilidad de que se trata."



699. *Los tutores.* "Artículo 1921. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores es aplicable a los tutores, respecto de los incapacitados que tienen bajo su cuidado."

700. *Los maestros artesanos.* "Artículo 1923. Los maestros artesanos son responsables de los daños y perjuicios causados por sus operarios en la ejecución de los trabajos que les encomienden. En este caso se aplica también lo dispuesto en el artículo anterior."

701. *Los patrones y los dueños de establecimientos mercantiles.* "Artículo 1924. Los patrones y los dueños de establecimientos mercantiles están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus obreros o dependientes, en el ejercicio de sus funciones. Esta responsabilidad cesa si demuestran que en la comisión del daño no se les puede imputar ninguna culpa o negligencia."

702. *Las presunciones.* En los casos mencionados en los números precedentes el legislador presume una falta de vigilancia o una culpa en la elección [véase el número 679 de este libro, y Lafaille, *Obligaciones*, t. II, núms. 572, 575, 579 y 584; Salvat, t. VII, "Fuentes de las Obligaciones", t. III, "Hechos ilícitos", núms. 2795-2855; Lafaille, *Derecho Civil*, t. VII, *Tratado de las Obligaciones*, Vol. II, núms. 1305-1317; H. y L. Mazeaud, *op. cit.*, t. I, núm. 734 y 783]. Pero esa presunción legal es *juris tantum* [Lafaille, *Obligaciones*, t. II, núm. 578], pues admite prueba en contrario. [Bevilaqua, pág. 213-214; Colin et Capitant, t. II, núm. 200-209]. En efecto, el artículo 1922 establece lo siguiente: "Ni los padres ni los tutores tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia, si probaren que les ha sido imposible evitarlos. Esta imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si aparece que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados." Además, el artículo 1923, referente a los maestros artesanos, en su parte final dice: "En este caso se aplica también lo dispuesto en el artículo anterior", y el artículo 1924, relativo a los patrones y a los dueños de establecimientos mercantiles, contiene un párrafo final que dice: "Esta responsabilidad cesa si demuestran que en la comisión del daño no se les puede imputar ninguna culpa o negligencia."

703. *Los jefes de casa y los dueños de hoteles.* "Artículo 1925. Los jefes de casa o los dueños de hoteles o casas de hospedaje están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus sirvientes en el ejercicio de su encargo."

En este caso el legislador presume, en las personas a las que hace responsable, una culpa cometida en la elección de sus sirvientes y una falta de vigilancia. Además no les concede el derecho de probar que no han obrado con culpa [Colin et Capitant, t. II, núm. 210].

"Artículo 1933. Los jefes de familia que habiten una casa o parte de ella, son responsables de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma."

Manresa, en su comentario al artículo 1910 del Código Español, se expresa así: "El artículo que examinamos, individualizando... la responsabilidad, y relacionándola con el deber que el jefe de familia tiene de vigilar cuidadosamente los actos de los individuos que la forman, para evitar que con ellos por imprevisión o por malicia causen daño o perjuicio a los demás, hace responsable al cabeza de ella de los actos de dichos individuos, por la falta de cuidado que revela el que desde su casa lleguen a arrojarse objetos que causen daño a los que puedan pasar por las inmediaciones de ella sin evitarlo, ya con sus amonestaciones y advertencias, ya por otros medios" [t. XII, pág. 644-645].

Nuestro artículo, en su parte final, hace responsable al jefe de la familia por los daños que causaren las cosas que cayeren de la casa por suponer en él falta de cuidado.

704. *Reparación por el responsable.* El artículo 1122 del Código Argentino, previene que: "Las personas damnificadas por los dependientes o domésticos pueden perseguir directamente ante los tribunales civiles a los que son civilmente responsables del daño, sin estar obligados a llevar a juicio a los autores del hecho." Este artículo ha sido reformado por nuestro Código vigente en estos términos: "Artículo 1926. En los casos previstos por los artículos 1923, 1924 y 1925 el que sufra el daño puede exigir la reparación directamente del responsable, en los términos de este Capítulo." Por efecto de la reforma, el responsable es el autor del hecho ilícito.

705. *Derecho de repetición.* "Artículo 1928. El que paga los daños y perjuicios causados por sus sirvientes, empleados, funcionarios y operarios, puede repetir de ellos lo que hubiere pagado.

## SECCIÓN 3ª RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE LAS COSAS

706. *Responsabilidad por el hecho de los animales.* "Artículo 1929. El dueño de un animal pagará el daño causado por éste, si no probare alguna de estas circunstancias: I. Que lo guardaba y vigilaba con el cuidado necesario; II. Que el animal fue provocado; III. Que hubo imprudencia por parte del ofendido; IV. Que el hecho resulte de caso fortuito o de fuerza mayor." El fundamento de la responsabilidad del dueño del animal, es una presunción de culpa, proveniente de falta de guarda y vigilancia [Colin et Capitant, t. II, núm. 215]. Contra esa presunción cabe la prueba en contrario a cargo del dueño, quien quedará libre de responsabilidad si prueba alguna de las circunstancias enumeradas o la del precepto siguiente: "Artículo 1930. Si el animal que hubiere causado el daño fuera



excitado por un tercero, la responsabilidad es de éste y no del dueño del animal."

707. *Responsabilidad por la ruina de un edificio.* "Artículo 1931. El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviene por falta de reparaciones necesarias o por vicios de construcción." Este artículo es una reproducción del 1907 del Código Español, con la adición de las palabras "o por vicios de construcción", que se agregaron en consonancia con el artículo 1476 del Código de 1884. Conocida la filiación del artículo 1931 de nuestro Código vigente, le es aplicable a este precepto el comentario de Manresa, del que transcribimos lo siguiente: "Pero no basta la ruina de todo o parte del edificio para que nazca la obligación de reparar el daño causado con tal motivo, sino que es preciso además para tal efecto que la ruina del mismo, total o parcial, haya sobrevenido por falta de las reparaciones necesarias. Es decir, que el caso fortuito exime, y la responsabilidad sólo proviene de la existencia de la culpa o negligencia que implica la omisión o la falta de ejecución de las reparaciones debidas; esto es, de las necesarias para evitar dicha ruina... La única dificultad que podría ofrecerse o el único punto controvertible, sería el relativo a la obligación de la prueba; es decir, si el propietario es el que debe probar el caso fortuito o la diligencia debida, por existir una presunción *juris tantum* de su culpa o negligencia, derivada del hecho de haberse arruinado el edificio, implicando éste, en todo caso, la falta de las reparaciones necesarias, o si, por el contrario, al actor incumbe la prueba de dicho defecto. El Código no ha dicho nada sobre ello, ni tenía para qué decirlo, remitiéndose con su silencio a las reglas generales sobre la prueba de las obligaciones, establecidas con anterioridad... hay que estar a la regla general citada, y con arreglo a ella, habrá de probar el actor la existencia de la obligación que demanda, o sea el hecho del daño y la causa del mismo; es decir, la ruina del edificio por la falta de reparación, que es lo que da origen a dicha obligación y lo que constituye la causa determinante de la responsabilidad impuesta. A su vez, con arreglo a la citada doctrina, el demandado debe probar su excepción, que es la falta de culpa por su parte, puesto que, aun cuando consiste en una negativa, dicha excepción se funda en una afirmación o en un hecho positivo, cuya existencia afirma, y conforme con dicho criterio, el propietario del edificio cuya ruina produjo el daño objeto de la reclamación del perjudicado, debe probar, para librarse de la obligación establecida por el artículo 1907, que el hecho de la ruina no provino de falta de reparaciones, ya por haberse hecho oportunamente las que necesitaba el edificio, o ya por no ser éstas necesarias en razón al buen estado de su conservación, extremos ambos que envuelven una afirmación, cada uno de ellos imponiendo al demandado la obligación de la prueba, porque ésta corresponde al que afirma, según doctrina unánimemente aceptada y reconocida por todos. Esa necesidad de la prueba de la existencia o realidad del daño por parte

del que reclama la indemnización del mismo, para que se produzca la obligación de indemnizar, la ha sancionado constantemente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de acuerdo con nuestras antiguas Leyes, y también con posterioridad a la publicación del Código, como puede verse por las sentencias que en otra ocasión tenemos citadas... Resulta, pues, que la falta de noticia o la ignorancia de la necesidad de las reparaciones, no exime al propietario de la obligación de reparar los daños de que nos ocupamos... como no es motivo de exención... la ignorancia de la necesidad de las reparaciones... no puede alegar como excepción dicha ignorancia, ni tiene, por tanto, que probarla en el pletito promovido por el damnificado" [t. XII, págs. 633-639]. Y en vista de la adición hecha al Código Español por el nuestro, en los lugares del comentario de Manresa en donde se habla de reparaciones deberá leerse además "o vicios de construcción".

708. *Responsabilidad por excavaciones o construcciones.* El artículo 909 del Código Alemán, dice: "Un inmueble *no puede* ser excavado de tal manera que el fundo vecino pierda el apoyo que le es necesario, a menos que de otra manera se haya hecho lo necesario para ese apoyo por trabajos de sustentación."

"*No es lícito* excavar una finca en forma que la casa vecina pierda el apoyo necesario, a menos que se cuide de darle por otro medio la consolidación suficiente" [*Tratado de Derecho Civil*, por Enneccerus, Kipp y Wolff, tercer tomo; *Derecho de Cosas*, por Wolff, trataducción española, volumen primero, párrafo 53, pág. 319].

Challamel, en el *Code Civil Allemand, traduit et annoté* [tomo II, página 516], comenta el artículo 909, diciendo: "La utilidad de esta disposición especial consiste en que, en la hipótesis mirada por este artículo, el derecho de oponerse a los trabajos no pertenece solamente al propietario, sino a toda persona que tenga interés en el uso o en la conservación tal como está del inmueble amenazado. El demandante debe probar el hecho de las excavaciones y el peligro de que está amenazado su fundo. El que ha emprendido el trabajo no es responsable de la indemnización de los daños y perjuicios, si no es que era evidente que la excavación haría perder al fundo vecino el apoyo necesario."

El artículo 839 de nuestro Código vigente, está redactado así: "En un predio *no pueden* hacerse excavaciones o construcciones que hagan perder el sostén necesario al suelo de la propiedad vecina; a menos que se hagan las obras de consolidación indispensables para evitar todo daño a este predio." Si se compara este artículo con el 909 del Código Alemán, se ve que concuerda con él, pero comprendiendo nuestro artículo las construcciones lo mismo que las excavaciones. En consecuencia, el que haga dichas excavaciones o construcciones dañosas, ejecutará un hecho contrario a la prohibición establecida en el artículo 839 que acabo de transcribir; es decir, se ejecutará un hecho ilícito del cual nacerá a su cargo la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que cause, según lo expuesto en los



números 666, 690 y 691 de este libro [Borja Covarrubias, en su cátedra de nuestra Facultad de Derecho].

709. *Responsabilidad por la explosión de máquinas o por la inflamación de substancias explosivas.* El Código Español, en su artículo 1908, fracción primera, dice: "Igualmente responderán los propietarios de los daños causados: 1º Por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia, y la inflamación de substancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado." Nuestro Código de 1928 ha adoptado este inciso, pero suprimiendo algunos conceptos de él, a saber: "Artículo 1932. Igualmente responderán los propietarios de los daños causados: I. Por la explosión de máquinas, o por la inflamación de substancias explosivas."

710. *Responsabilidad por el humo o gases nocivos.* El mismo artículo del Código Español contiene el inciso que dice: "2º Por los humos excesivos que sean nocivos a las personas o a las propiedades." Nuestro artículo 1932 citado, en su fracción segunda, reproduce ese inciso con pequeñas modificaciones: "II. Por el humo o gases que sean nocivos a las personas o a las propiedades."

711. *Responsabilidad por la caída de árboles.* El inciso 3º, del citado artículo español, dice: "3º Por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor." La fracción tercera de nuestro artículo 1932, adopta ese inciso con una supresión, diciendo: "III. Por la caída de sus árboles, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor."

712. *Responsabilidad por ciertas emanaciones.* El inciso 4º, del repetido artículo español, dice: "4º Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, construídos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen." Nuestro artículo 1932, en su fracción cuarta, ha suprimido algunos conceptos de ese inciso, reduciéndolo a estos términos: "IV. Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes.

713. *Responsabilidad por depósitos de agua.* El artículo 1133, del Código Argentino, establece que el dueño responde de la indemnización del daño causado por "5º Humedad en las paredes contiguas por causas evitables." Teniendo quizá, como antecedente, ese precepto, nuestro artículo 1932 contiene esta fracción: "V. Por los depósitos de agua que humedezcan la pared del vecino o derramen sobre la propiedad de éste."

714. *Responsabilidades por otras causas.* El artículo que acabamos de citar termina con esta fracción: "VI. Por el peso o movimiento de las máquinas, por las aglomeraciones de materias o animales nocivas a la salud o por cualquiera otra causa que sin derecho origine algún daño." Concuerda esta fracción con los artículos 1478 y 1479 del Código de 1884.

715. *Comentarios de Manresa.* Este autor, refiriéndose al artículo 1908 del Código Español, se expresa en estos términos: "Respondiendo dicho artículo al principio general que informa la materia objeto de este capítulo, de que aquel que cause a otro un daño por acción u omisión, mediando culpa o negligencia, debe repararlo, enumera algunos casos que pueden dar lugar a dicha reparación; pero debemos advertir que no son los únicos, y que la cita de los cuatro expresamente consignados en el referido artículo sólo está hecha *demostrationis* causa; y en su virtud, en todos aquellos otros que puedan suscitarse en la práctica, y en que exista la misma razón fundamental, habrá lugar a la reparación... En cuanto al fundamento de esta responsabilidad impuesta al dueño del edificio, no puede ofrecerse duda alguna, pues en todos los casos citados, la causa del daño producido es una omisión o negligencia por parte del mismo. Así es que la obligación de indemnizar en el primer caso de los expuestos en el citado artículo, proviene de la falta de diligencia en el cuidado de las máquinas que hicieran explosión, o de la falta de previsión en la colocación y conservación de las materias explosivas que se inflamaren, que revela el hecho de estar colocadas en lugares que no tuvieren la seguridad necesaria o que no fueren adecuados para ello. En el segundo de dichos casos, el motivo o la causa de la responsabilidad, es la omisión del cuidado debido para evitar que los humos producidos por la industria, o por el uso a que se dedicare el edificio, perjudiquen a las personas o propiedades extrañas; en el tercero, la misma omisión en la previsora vigilancia que el propietario debe ejercer sobre el arbolado para impedir que pueda caer y ocasionar daños y perjuicios en su caída; y en el cuarto, el no haberse adoptado las precauciones necesarias en la construcción de las cloacas y depósitos a que dicho caso se refiere, dándose con ello ocasión a las emanaciones nocivas, o el haberse omitido las reparaciones necesarias para evitarlas o impedirlas" [t. XII, páginas 640-641].

716. *Derecho Francés.* Colin y Capitant, tratando de la responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas, exponen lo que sigue: "Supongamos un daño causado por una cosa distinta de un animal o de un edificio, por ejemplo... explosión de la caldera, caída de un cuerpo... ¿Por qué regla va a ser gobernada la responsabilidad del propietario... de esos objetos? Durante mucho tiempo la jurisprudencia y la doctrina han estado de acuerdo para declarar que aquí tenía lugar la aplicación pura y simple del principio del derecho común. El propietario no estaba obligado a indemnización de daños y perjuicios a no ser que se le pudiera demostrar que había cometido una falta... la jurisprudencia... hoy... considera que el artículo 1384, párrafo 1, crea una presunción de falta respecto del guardián de la cosa... La jurisprudencia... se muestra... severa... No bastará pues al demandado establecer que no ha cometido ni negligencia ni imprudencia; deberá probar que el daño proviene, sea del caso fortuito, sea de la fuerza mayor, sea de cualquiera otra causa extraña, por ejemplo, de la falta de la víctima o de la de un tercero; en una palabra, será necesario que precise el hecho generador del daño sufrido por su adversario. Será pues responsable en el caso en que la causa del daño quede desconocida" [t. II, núms. 217 y 218, págs. 206 a 209].



717. *Naturaleza de las responsabilidades establecidas en el artículo 1932 del Código vigente.* Si se tiene en cuenta que nuestro artículo 1932 procede principalmente del 1908 español y que a los seis casos concretos que menciona agrega al final: "o por cualquiera causa que sin derecho origine algún daño", resulta que nuestro legislador considera al propietario culpable en los casos comprendidos en dicho artículo. Además, las supresiones hechas en el texto español hacen pensar que la presunción de culpa no admite prueba en contrario, como sucede en el Derecho Francés moderno y que por lo mismo el propietario no puede librarse de responsabilidad sino probando que los daños provienen de fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero. Por otra parte, esta interpretación hará que el artículo 1932, prácticamente conduzca a los mismos resultados que el artículo 1913, el cual trata de casos, en cierto modo semejantes a los previstos en el 1932. Del 1913 nos ocuparemos al tratar de la teoría del riesgo creado, o sea de la responsabilidad objetiva.

717 *bis. La cláusula de no responsabilidad extracontractual.* En doctrina se discute si esta cláusula es válida.

Colin y Capitant [t. II, núm. 85] enseñan que esta cláusula no es válida, porque la responsabilidad delictuosa reposa sobre razones de orden público. Sostienen la misma conclusión Hémard [t. II, núm. 1434], Baudry-Lacantinerie et Barde [t. IV, núm. 2869], Planiol [t. II, núm. 882], Bonnecase *[Supplement,* t. II, núm. 538].

A mi juicio, de acuerdo con Ripert *[La Règle Morale,* etc., núm. 132], H. y L. Mazeaud [t. III, núm. 2567-2580] y Demogue [t. V, núm. 1199], hay que hacer esta distinción: la cláusula no será válida cuando la culpa sea intencional o cuando sea grave; al contrario, debe admitirse la validez de la cláusula cuando la culpa sea ligera.

## CAPÍTULO QUINTO

### *Sistema del Código Penal de 1931*

718. *El delito.* "Artículo 7º Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales." Difiere un poco esta definición de la del Código de 1871, pero la esencia de ambas es la misma.

"Artículo 8º Los delitos pueden ser: I. Intencionales; y II. No intencionales o de imprudencia." Esta clasificación corresponde a la de delitos intencionales y delitos de culpa del Código de 1871.

Sigue diciendo el artículo 8º: "Se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional." Este Código, lo mismo que el de 1871, consagra la teoría clásica de la culpa.

719. *La sanción pecuniaria.* Nada más que en el Código vigente hay una diferencia respecto del de 1871: mientras que en éste el derecho para exigir la reparación del daño era siempre de carácter civil y la acción correspondía exclusivamente al que recibía el daño, en el nuevo Código, artículo 29, se establece que "La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño. La reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente, tiene el carácter de pena pública, pero cuando la misma reparación deba exigirse a terceros, tendrá el carácter de responsabilidad civil..."

"La reparación del daño proveniente de delito se exigirá de oficio por el Ministerio Público, en los casos en que proceda." [Artículo 34.]

"Al romper definitivamente con el sistema de responsabilidad civil exigible por el ofendido o sus familiares, se ha querido que el Estado imparta de modo directo su ayuda a las víctimas de la delincuencia, con un procedimiento análogo al que emplea para hacer efectiva la multa." [Ceniceros y Garrido, *La ley penal mexicana*, pág. 117.]

"La persona ofendida por un delito, podrá poner a disposición del Ministerio Público y del Juez Instructor todos los datos que conduzcan a establecer la culpabilidad del acusado y a justificar la reparación del daño" [art. 9º del Código de Procedimientos Penales.]

720. *La reparación del daño.* "Artículo 30. La reparación del daño comprende: I. La restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuere posible, el pago del precio de la misma; y II. La indemnización del daño material y moral causado a la víctima o a su familia." Hay que hacer notar que mientras en este artículo sólo se emplea la palabra daño, en su correlativo, el 301 del Código de 1871, se habla de "reparación del daño e indemnización del perjuicio". Esto no significa que el nuevo Código haya querido suprimir la indemnización del perjuicio, sino que en la palabra daño está comprendido lo que antes se llamaba daño y perjuicio. En efecto, nuestro Código Civil, que es el antecedente legislativo inmediato del Código Penal de 1931, en su artículo 1915, dice, como ya sabemos: "La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior cuando ello sea posible o en el pago de daños y perjuicios." El Código Civil Italiano, en su artículo 1227, nada más habla de daño; Giorgi, comentando este artículo, explica cómo la palabra daño debe entenderse también como daño y perjuicio.

"Artículo 31. La reparación será fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso y atendiendo también a la capacidad económica del obligado a pagarla."



"El importe de la sanción pecuniaria se distribuirá entre el Estado y la parte ofendida; al primero se aplicará el importe de la multa y a la segunda el de la reparación" [art. 35].

721. *Los hechos de otros.* "Artículo 32. Están obligados a reparar el daño en los términos del artículo 29: I. Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad; II. Los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad; III. Los directores de internados o talleres, que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten éstos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquéllos; IV. Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en el desempeño de sus servicios; V. Las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan. Se exceptúa de esta regla a la sociedad conyugal, pues, en todo caso, cada cónyuge responderá con sus bienes propios por la reparación del daño que cause, y VI. El Estado, subsidiariamente, por sus funcionarios y empleados."

Adviértase que en este artículo no se concede a los obligados el derecho de probar que no han incurrido en culpa en la vigilancia o elección de los delincuentes, lo que parece indicar, que aquí el Código Penal establece una presunción de culpa, *juris et de jure*, en contra de las personas a quienes declara obligadas a reparar el daño causado por delitos que han cometido otros. [Véanse los números 702 y 703 de este libro.]

722. *El Código Penal es Ley posterior al civil.* Como los Códigos Civil y Penal vigentes fueron promulgados respectivamente en los años de 1928 y 1931, no obstante que el primero entró en vigor en el año de 1932, el Código Penal es Ley posterior al Código Civil [véase el número 586 de este libro].

El Código Penal en su artículo 2º transitorio, abrogó las Leyes que se opusieran a él. En consecuencia, en caso de oposición entre el Código Civil y el Penal, prevalecerá éste.

## CAPÍTULO SEXTO

### *La pena pecuniaria y la responsabilidad civil*

723. *Imposición de la pena.* Cuando una sentencia condena a alguien imponiéndole la pena de reparar el daño, queda fijada la obligación del delincuente y el derecho del perjudicado.

724. *Absolución.* Los licenciados Ceniceros y Garrido, miembros de la Comisión redactora del Código Penal, dicen: "Si ya existe sentencia dictada,

y fue en sentido absolutorio, los efectos jurídicos de esa sanción consisten en que la facultad del poder público para imponer la reparación del daño proveniente de un hecho delictuoso, no existe, ya que o esos hechos no resultaron delictuosos, o a quien se atribuyeron no fue quien los realizó. El que haya una sentencia que absuelve del pago de la reparación del daño, no significa que al mismo tiempo necesariamente se extinga el derecho del ofendido para exigir la responsabilidad civil emanada de un hecho ilícito... El Código Civil establece este derecho independientemente de la acción pública" *[La Ley Penal Mexicana*, pág. 119].

Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia ha resuelto que si los tribunales del orden penal declaran que el hecho que se imputa al acusado fue casual y "se sobresee en el proceso por no haber delito que perseguir, la influencia de la autoridad de la cosa juzgada en lo penal, se refleja en el aspecto civil de la cuestión, imponiendo a la jurisdicción civil su criterio sobre la inexistencia de la culpa, que tiene los mismos elementos en lo penal que en lo civil, y esta jurisdicción no puede... desconocer, ni contradecir, para cualquier efecto, que no existió culpa y que el hecho fue casual, como lo resolvió la jurisdicción represiva; y, por tanto, la sentencia que en el juicio civil absuelve al demandado en las condiciones dichas, es legal." *[Semanario Judicial de la Federación*, t. XLVIII, pág. 377.] Véase, además, Bonnecase, *[Précis*, tomo II, núm. 400].

725. *Extinción de la acción penal.* En los casos de muerte del presunto delincuente, de amnistía o de indulto, se extingue la acción penal, pero no se extingue la obligación de reparar el daño causado [arts. 91, 92 y 98 del Código Penal].

Asimismo la substitución y la conmutación de sanciones no eximen de la reparación del daño [art. 76 del Código Penal].

En los casos indicados, el que ha sufrido el daño o perjuicio puede exigir la indemnización correspondiente, con arreglo al Código Civil, por el hecho ilícito cometido.

726. *Responsabilidad de terceras personas.* Como hemos visto, esta responsabilidad tiene el carácter de civil, no el de sanción [art. 29 del Código Penal], y es exigible por el interesado de acuerdo con los artículos 32 del Código Penal y 522 a 540 del Código de Procedimientos Penales.

727. *Actos ilícitos no delictuosos.* Estos actos dan origen a responsabilidad civil, regida exclusivamente por el Código Civil.

## CAPÍTULO SÉPTIMO

### *El daño moral*

728. BIBLIOGRAFIA. MAZEAUD (H. et L.), *op. cit.*, t. I, núms. 292-328; MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale (Danno morale)*, 3ª ediz.; FISCHER, *Los daños civiles y su reparación*, párrafos 17-21; TUHR, t. I, párrafo 16, páginas 105-108; ROSSEL, t. I, núms. 121, 124 y 125; SCHNEIDER et FICK, t. I, páginas 123-124 y 132-140; GABBA, *Questioni di Diritto Civile*, 2ª ediz., vol. II, páginas 210-246; CHIRONI, *La culpa en el Derecho Civil moderno*, culpa extracontractual, t. II, núms. 411-415; LALOU, *op. cit.*, párrafo 2, núms. 61-72; GARDENAT et SALMON-RICCI, *op. cit.*, págs. 29, núms. 95-97; GIORGI, vol. V, números 161, 238, 240-246; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XV, números 2871-2872; DEMOGUE, t. IV, núms. 402-431; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, tomo VI, núms. 546-550; RIPERT, *La règle morale*, etc., núms. 181-184; PLANIOL, t. II, núm. 868 *bis*; COLIN et CAPITANT, t. II, núm. 187; LAURENT, t. XX, números 395 y 525; JOSSERAND, t. II, núms. 441-442; AUBRY et RAU, t. IV, párrafos 445, págs. 748-749; BONNECASE, *Précis*, t. II, núm. 524; BEAUDANT, números 1154-1156, POLACCO, vol. I, núm. 126, págs. 579-583; BRUGI, página 570; RUGGIERO, t. II, págs. 64-66; RICCI, vol. VI, núm. 90; PACIFICI-MAZZONI, vol. IV, núms. 81, págs. 141 y 223 y 356 y sigs.; VENZI, en la obra anterior, vol. IV, pág. 352.



## SECCION 1ª LA DOCTRINA

729. *La obra de H. y L. Mazeaud.* De entre los libros citados en la bibliografía, escogemos esta obra para exponer lo fundamental de la doctrina sobre daño moral; a ella pertenecen los párrafos que damos a conocer en los números siguientes.

730. *Definiciones.* El perjuicio material es el perjuicio patrimonial; el perjuicio moral, es el perjuicio extrapatrimonial, no económico [número 293].

731. *Diferentes categorías de daños morales.* Dos categorías de daños se oponen de manera muy clara. Por una parte, los que tocan a lo que se ha llamado parte social del patrimonio moral: hieren a un individuo en su honor, su reputación, su consideración; por otra parte los que tocan a la parte afectiva del patrimonio moral; hieren a un individuo en sus afectos: se trata, por ejemplo, del dolor experimentado por la muerte de una persona que os es querida. Los primeros están siempre o casi siempre más o menos ligados a un daño pecuniario: la falta de consideración arrojada sobre una persona la expone, las más de las veces a perjudicarla pecuniariamente, sea obligándola a abandonar la situación que ocupa, sea comprometiendo su porvenir o el de sus hijos, sea haciendo peligrar su comercio o su industria. Así, casi no hay dificultad para admitir aquí una reparación... Al contrario, numerosos son los que rehusan toda indemnización por lesión de los sentimientos de afectos. Es que, entonces, el daño moral, está, muy frecuentemente, limpio de toda mezcla; el dolor, la pena son los únicos perjuicios causados; pecuniariamente la víctima no sufre ningún daño. Por otra parte, al lado de los daños que tocan la parte social y la parte afectiva del patri-

monio moral, hay otros que, porque no son pecuniarios, entran en la categoría de los perjuicios morales y para los cuales se plantea, por consiguiente, la cuestión de saber si deben ser reparados. Es imposible una enumeración; solamente se pueden citar, a título de ejemplos, los ataques a las convicciones y a las creencias... y aun todos los daños que hieren a la persona física sin disminuir su capacidad de trabajo; sufrimientos, cicatrices y heridas que afectan a la estética [núm. 295].

732. *Sistema de Meynial y A. Esmein.* "Para estos autores, la reparación del perjuicio moral no es posible sino en los casos en que este perjuicio tiene una repercusión material... con este sistema, es el daño material y sólo él, el que da derecho a indemnización" [núm. 306].

733. *Refutación de la teoría que niega la reparación del daño moral.* ¿La condenación civil del autor del daño no puede verdaderamente reparar el perjuicio moral? Hay ciertos casos en que el dinero es perfectamente capaz de hacer desaparecer, sea totalmente, sea en parte, un perjuicio, aunque este perjuicio no tenga un carácter pecuniario. El pago de una suma importante permitirá, por ejemplo, a aquel que soporta sufrimientos, que no disminuyen su capacidad de trabajo, acudir a un médico reputado cuya ciencia podrá aliviarlo... Inserciones en los periódicos... realizadas con ayuda de la indemnización de daños y perjuicios pagada, podrán atenuar las consecuencias de una difamación. Pero si el dinero es bastante poderoso para poder, algunas veces, reparar aun en el dominio moral, hay que reconocer que hay casos en los cuales no podrá bastar para volver a poner las cosas en el estado en que estaban. ¿Es esta una razón para rehusar indemnización de daños y perjuicios a la víctima? De ninguna manera, porque se trata justamente de ponerse de acuerdo sobre el sentido exacto del término reparar... Cuando se afirma que el fin de la responsabilidad civil es asegurar la reparación de los daños causados a otro, jamás se ha querido decir que la víctima no tenga derecho a nada si la reparación en naturaleza no puede obtenerse. A menudo, semejante reparación es irrealizable... El hombre está frecuentemente sujeto a contentarse con un equivalente. El equivalente más apropiado, en general, es el dinero, porque con él la víctima tiene un campo de acción casi ilimitado. Ciertamente el dinero no puede todo; pero en la actualidad, es el modo más eficaz de reparación en el verdadero sentido de la palabra. Reparar un daño... es también dar a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido... se ve que la reparación del perjuicio moral es posible. Esto no es dudoso en ciertos casos: por ejemplo, el sufrimiento físico soportado puede encontrar un equivalente en un viaje o en distracciones que se procure la víctima con ayuda de la cantidad que le es pagada por el autor del daño, y esto muestra ya claramente que el dinero puede, si la víctima quiere hacer un empleo juicioso de él, enriquecer su patrimonio moral, agregar a éste un valor moral nuevo susceptible de compensar el



que ha desaparecido. Pero hay otros casos en los que el papel satisfactorio del dinero aparece menos cierto; se vacila, por ejemplo, en declarar que el dinero pueda procurar satisfacciones equivalentes al dolor moral de un padre privado de su hijo o de un marido engañado... Se trata solamente de encontrar un equivalente; de colocar en el patrimonio moral un elemento activo igual al que ha sido destruido; esto, el dinero lo puede siempre [número 313]... Se trata ahora de la segunda objeción formulada por los adversarios de la reparación del daño moral... Es cierto, en efecto, que, aun cuando el juez evalúa el perjuicio material, se deja impresionar más o menos por la gravedad de la falta cometida... No sería, pues, un argumento perentorio en contra de la reparación del perjuicio moral pretender que no puede constituir sino una pena privada, y eso explica por qué numerosos autores, partidarios de esta reparación, no vacilan en fundarla, al menos parcialmente, en la idea de pena privada; ven en ella una sanción contra el autor del daño así como una reparación, y sin duda, la mayor parte de los tribunales son de la misma opinión... hay que investigar cuál es la suma necesaria para procurar satisfacciones de orden moral susceptibles de reemplazar en el patrimonio moral el valor que ha desaparecido de él. No hay ninguna imposibilidad en hacerlo [núm. 314]... Estas consideraciones conducen a la casi unanimidad de los autores a admitir la reparación del daño moral en materia delictuosa y cuasi delictuosa [número 315].

## SECCION 2ª NUESTROS CODIGOS ANTIGUOS

734. *La regla.* El Código Penal de 1871, dedica un capítulo a la computación de la responsabilidad civil, y en los varios casos que prevé, sólo estima los daños y perjuicios patrimoniales y establece en principio que cuando se reclame el valor de una cosa se pagará, no el de afección, sino el común que tendría [arts. 315 y 316], con las excepciones que vamos a señalar después. En la exposición de motivos del mismo Código, se dice que la estuprada no tiene derecho a exigir ninguna reparación pecuniaria a título de daños y perjuicios, porque pagar con dinero una cosa tan inestimable como la honra, es degradarla y envilecerla. Estos datos nos hacen llegar a la conclusión de que el Código citado no reconoce el daño moral, por regla general.

El Código Civil de 1884, después de haber definido el daño como menoscabo en el patrimonio [art. 1464], al tratar de la responsabilidad extracontractual no da a entender, de manera alguna, que el daño pueda ser meramente moral.

735. *Las excepciones.* El Código Penal establece como excepción "el caso en que se pruebe que el responsable se propuso destruir o deteriorar la cosa, precisamente por ofender al dueño de ella en su afección. Enton-

ces se valuará la cosa atendiendo al precio estimativo que tenía atendida esa afección, sin que pueda exceder de una tercia parte más del común" [art. 317]. En ese Código, asimismo se previene que "Si los golpes o heridas causaren la pérdida de algún miembro no indispensable para el trabajo o el herido o golpeado quedare de otro modo baldado, lisiado o deforme, por esa circunstancia tendrá derecho no sólo a los daños y perjuicios, sino además a la cantidad que como indemnización extraordinaria le señale el juez, atendiendo a la posición social y sexo de la persona, y a la parte del cuerpo en que quedare lisiada, baldada o deforme" [art. 323].

El Código Civil, entre los artículos que dedica a la responsabilidad civil contractual, contiene uno, el número 1471, en el que se establece una disposición análoga a la del artículo 317 del Código Penal.

## SECCION 3ª EL CODIGO CIVIL DE 1928

736. *Texto original.* En su redacción original el Código reconocía expresamente el daño, oral en su artículo 1916, concebido en estos términos: "Independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia, si aquélla muere, una indemnización equitativa, a título de reparación moral, que pagara el responsable del hecho. Esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el artículo 1928."

La primera parte de este artículo procede de los artículos 47 y 49 del Código (suizo) de las obligaciones, reformado.

737. *Texto vigente.* Por Decreto de fecha 29 de diciembre de 1982, publicado en el *Diario Oficial* del 31 del mismo mes, se reformó el texto del artículo 1916 del Código Civil, habiéndose modificado nuevamente por Decreto del 21 de diciembre de 1993, publicado en el *Diario Oficial* del 10 de enero de 1994, el cual ha quedado redactado como sigue: "Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás (sic). Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas. Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código. La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida. El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los



derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso. Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original."

Asimismo, como consecuencia del mismo Decreto, se adicionó el Código Civil con el artículo 1916 bis, cuyo texto es el siguiente: "No estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, en los términos y con las limitaciones de los artículos 6º. y 7º. de la Constitución General de la República. En todo caso, quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta."

738. *Comentario.* La nueva redacción del artículo 1916 del Código Civil presenta importantes diferencias con el texto derogado. En primer lugar precisa el concepto de daño moral, incluyendo en él las dos categorías de que habla Mazeaud (Cfr. Nº 731 de este libro) es decir los daños causados a la parte social y a la parte afectiva del "patrimonio moral". Establece la obligación de reparar el daño moral mediante una indemnización en dinero, y en ocasiones mediante la publicación, a solicitud de la víctima y con cargo al responsable, de un estracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, y cuando el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios de información, el juez ordenará que los mismos den publicidad al estracto de la sentencia con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original. A este respecto resulta adecuado el comentario de Tuhr al Código Suizo de las Obligaciones, que es el siguiente: "Si una pérdida material puede repararse, por poner la cosa dañada en el estado en que se encontraba o por el pago de una suma de dinero, de manera tan completa que el patrimonio se encuentre tal como hubiese estado sin acaecer el daño, el perjuicio moral no podría suprimirse por una vía de derecho; en cierta medida, sin embargo, puede ser compensado o más bien contrabalanceado, cuando la Ley establece a cargo del culpable una prestación pecuniaria en favor de la víctima. Frecuentemente... la Ley lo hace a título de reparación moral. Esta prestación procura a la víctima un aumento en su patrimonio, aumento que puede aplicar a goces cualesquiera, materiales o ideales. La satisfacción que de él resulta, y el hecho de saber que esta suma de dinero se ha tomado al culpable, deben mitigar la amargura de la ofensa y calmar en cierta medida el deseo de venganza que no ha desaparecido en el hombre moderno a pesar del cristianismo

y de la civilización. La reparación moral no es una pena infligida al culpable, aunque tenga por resultado, como la multa, una disminución del patrimonio. En efecto, el fin de la reparación moral no es infligir una pérdida al ofensor, sino procurar al ofendido un aumento de su patrimonio... La reparación moral consiste generalmente en una suma de dinero cuya cifra fija el juez según las circunstancias; pero para fijarla, posee menos elementos de apreciación que en materia de indemnización de daños y perjuicios, ya que los dolores físicos o morales escapan, por su naturaleza, a una estimación. Basta algunas veces pagar una suma mínima cuando las consideraciones de la sentencia contienen una reprobación judicial de la actitud del culpable, reprobación que quizá importe sólo a la víctima" (Tuhr, t. I, párrafo 16, páginas 105, 106 y 108).

La obligación de reparar el daño moral se extiende por igual a los casos de responsabilidad contractual o extracontractual y aun comprende aquellos que se originan en la responsabilidad objetiva, y en ella pueden incurrir el Estado y sus funcionarios.

El artículo 1916 bis en forma un tanto inútil y redundante señala que quienes ejerzan sus derechos de opinión, crítica, expresión, e información con arreglo a la Constitución, obrando en consecuencia de manera lícita, no estarán obligados a la reparación del daño moral.

El monto de la indemnización lo determinará el juez siguiendo los criterios generales establecidos en el texto del precepto comentado, ya que dada la heterogeneidad de los posibles daños, su carácter interno y las especiales circunstancias que deban reunirse, diversas en cada hipótesis, para que proceda la reparación, no hubiera sido conveniente determinar mediante una enumeración casuística y por lo mismo incompleta, el monto de la reparación en cada caso.

Salvo en los casos de responsabilidad objetiva, para que proceda la responsabilidad por daño moral se requiere que quien lo cause obre de manera ilícita, de tal modo que una de las bases jurídicas que condicionan la indemnización es el que no se actúe en el legítimo ejercicio de un derecho. La licitud de los actos es incompatible con el deber de indemnizar de los daños causados.

Por último, para evitar especulación, el Código Civil impide la transmisión de la acción de reparación por acto entre vivos y limita su ejercicio por parte de los herederos de la víctima a los casos en los que la acción haya sido intentada por ésta.

## SECCION 4ª EL CODIGO PENAL DE 1931

739. *Texto legal.* "La reparación del daño comprende: ...II. La indemnización del daño material y moral causado a la víctima o a su familia" [art. 30, frac. II].



740. *Comentario.* En vista de los términos generales del artículo 30 del Código Penal, por daño moral hay que entender todo daño de los mencionados por Mazeaud.

### CAPÍTULO OCTAVO

# EL ABUSO DE LOS DERECHOS

741. BIBLIOGRAFIA. BONNECASE, *Suppl.*, t. III, núms. 187-238; BONNECASE, *Précis*, t. II, núms. 325-353; JOSSERAND, *Cours*, t. II, núms. 428-437; JOSSERAND, *De l'esprit des Droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*; COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 195-199; HÉMARD, t. II, núms. 1372-1380; MAZEAUD, t. I, núms. 547-592; DEMOGUE, t. IV, núms. 634-702; PLANIOL, tomo II, núms. 870-872 *ter*; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, t. VI, núms. 573-591; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. IV, núm. 2855; GAUDEMET, págs. 317-321; RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, núms. 89-103; RIPERT, *Le régime democratique et le Droit Civil moderne*, núms. 117-122; CHARMONT, "L'abus du droit" (*Revue Trimestrielle*, t. I, págs. 113-125); CAPITANT, "Sur l'abus des droits" (*Revue Trimestrielle*, t. XXVII, págs. 371-376); DESERTEAUX, "Abus de droit et conflit de droits" (*Revue Trimestrielle*, t. V, págs. 119-139); CORNIL, *Le droit privé*, págs. 90-142; DUGUIT, *D. Const.*, t. I, págs. 173-179; SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation*, etc., núm. 310, página 370, nota 1; SALEILLES, en *Code Civil Allemand, traduit et annoté*, páginas 334-336; ENNECERUS-NIPPERDEY, vol. II, párrafo 220, págs. 329-532.

## SECCION 1ª LA DOCTRINA FRANCESA

742. *Colin et Capitant.* "El daño causado a otro por el ejercicio de un derecho ¿puede traer consigo la responsabilidad del titular de ese derecho? Ninguna cuestión ha dado lugar a más largas discusiones en el curso de estos últimos años. Durante mucho tiempo la tesis de la irresponsabilidad ha parecido indiscutible, se le consideraba como consagrada por un adagio tradicional que se encontraba expresado en los textos del *Digesto*. A nadie perjudica, ningún daño hace, quien usa de su derecho... La doctrina moderna por mucho tiempo ha tomado estas fórmulas a la letra. Sin embargo, habría bastado leer atentamente los textos para convencerse de que jamás han tenido el alcance absoluto que se les atribuía... los romanos... reconocían que se puede cometer una falta ejercitando un derecho... el adagio: "Ningún daño hace el que usa de su derecho", no significa otra cosa que esto: el que ejerce su derecho con prudencia y atención no es responsable del daño que puede causar a otro. Así comprendida, así entendida, la vieja regla romana, lejos de tener el alcance antisocial que se le atribuía aparece al contrario como útil y benéfica. Garantiza al hombre la esfera de independencia, de irresponsabilidad de la cual tiene necesidad... La cuestión del abuso del derecho ha sido objeto de muchas decisiones

judiciales. Agruparemos las principales soluciones de la práctica en dos series de casos: 1ª Aquellos en que hay que aplicar la regla: "Ningún daño hace quien usa de su derecho" y en los que el autor del acto no contrae ninguna responsabilidad; 2ª Aquéllos, al contrario, en donde hay abuso del derecho... Segunda serie. Esta serie se subdivide en dos grupos de casos: *a)* Aquellos en los que hay intención de perjudicar. *b)* Aquellos en que hay simplemente falta de prudencia o diligencia" [tomo II, núms. 195, 196 y 198].

743. *Hémard. "La teoría del abuso de derecho.* El ejercicio de un derecho no puede ser ilimitado; lo hemos dicho, los derechos son relativos y hemos mostrado cuán numerosas eran las restricciones impuestas por la ley, la costumbre o el convenio a los derechos de propiedad... Todo derecho tiene un límite; más allá de este límite se le ejerce abusivamente, hay abuso de derecho. El abuso comienza donde el derecho cesa... *Criterios del abuso de derecho.* Cada individuo puede ejercer sus derechos sin tener el temor de encontrar una responsabilidad; pero si comete una falta en este ejercicio es responsable. En realidad desde que aparezca esta falta, no usa ya de su derecho y el abuso de derecho se confunde con la ausencia de derecho... *La intención de perjudicar.* El ejercicio de un derecho es abusivo cuando es, principal o exclusivamente, practicado con la intención de perjudicar a otro. Los derechos no se reconocen a los individuos para servirse de ellos con un fin maléfico... la intención de perjudicar comprende a la vez el dolo, el fraude, la mala fe... *La nulidad.* Los derechos son poderes conferidos al hombre para la satisfacción de sus intereses y no tienen valor sino en tanto que son útiles. Ejercer un derecho sin utilidad, es abusar de él. Poco importa que su titular haya obrado con la intención de perjudicar o que solamente haya sido imprudente o negligente... *El uso.* Todo derecho, facultad inherente al hombre o derecho particular, es relativo, y su medida verdadera es dada por su fin económico y social, determinado según el uso. El abuso de un derecho (fuera de toda intención de perjudicar; aun útil) consiste en su ejercicio, contrario a su destino económico y social fijado por las costumbres y por la vida... Este criterio objetivo, social, permite explicar todas las hipótesis en las cuales la jurisprudencia ha consagrado el abuso de derecho: el que no obra sino con intención de perjudicar o sin utilidad no ejerce su derecho conforme a su fin económico y social revelado por el uso" [t. II, núms. 1373, 1377, 1378, 1379 y 1380].

744. *Bonnecase.* "La jurisprudencia ha dividido en dos partes, de manera muy clara, la noción de abuso de los derechos. Ve en ella, por una parte, un estado puramente psicológico y, por otra parte, una situación material. En el primer sentido, el abuso de los derechos, ve el hecho de una persona que ejercita un derecho de la que es titular, con el único fin de perjudicar a otro, por consiguiente, sin interés para ella misma. En su segundo sentido, el abuso de los derechos sirve para designar el acto de una persona que ocasiona un perjuicio a otra, traspasando los límites materiales de un derecho que le pertenece sin disputa, y que sólo en apariencia reviste un carácter absoluto... A los ojos de ciertos civilistas la consagración moderna de la noción de abuso de los derechos no habría sido otra cosa, bajo su forma material y bajo su forma psicológica a la vez, que una reacción contra la concepción del carácter absoluto de tales o cuales derechos individuales, en el primer lugar de los cuales se colocaría el derecho de propiedad. No carece de interés establecer, o más exactamente recordar, que mucho antes de que se pusiera en boga la noción y la expresión abuso de los derechos, los civilistas más eminentes del siglo XIX habían establecido la tesis de que todo derecho permite límites, si no en su principio, al menos en su ejercicio y su aplicación... Declaramos que la noción de abuso de los derechos se reduce a lo que hemos llamado su forma psicológica... La fórmula de la noción de abuso de los derechos: ejercicio de un derecho, sin utilidad para su titular, con un fin exclusivamente nocivo. Elementos constitutivos de esta fórmula: 1°, ejercicio de un derecho; 2°, ausencia de utilidad para el titular de ese derecho; 3°, intención nociva; 4°, perjuicio efectivamente ocasionado a otro... A semejanza del enriquecimiento sin causa, la teoría del abuso de los derechos nos parece ser una manifestación de la noción de derecho, operando de una manera directa e inmediata como fuente de derecho positivo, más allá de los textos legales o a falta de estos textos... Lo que es indiscutible es que la posibilidad jurídica de perjudicar a otro al amparo del ejercicio de un derecho, y sin un interés presente o eventual para este ejercicio, iría manifiestamente contra la función de armonía social o de equilibrio social inherente a la noción del derecho" *[Suppl.*, t. III, núms. 189, 213, 224, 225 y 237].



## SECCION 2ª EL DERECHO ALEMAN

745. *Texto legal.* "Artículo 226. El ejercicio de un derecho no es permitido, cuando no puede tener otro fin que causar daño a otro."

746. *Comentario.* "Al conceder el ordenamiento jurídico un derecho subjetivo, declara que en el contraste de los intereses humanos debe prevalecer el interés protegido por aquel derecho. Es evidente, pues, que por regla general el ejercicio del derecho tiene que estar permitido aunque lesione intereses ajenos. Pero han de ponerse límites allí donde el ejercicio del derecho traspasaría, en detrimento de otro, los límites de la equidad, chocaría contra la buena fe o tendría lugar sin interés alguno propio... El daño prohibido por el artículo 226 será casi siempre un daño patrimonial, pero no es indispensable, bastando un daño de intereses ideales. El acto contrario a la prohibición del abuso es un acto prohibido y, por tanto, contrario

a derecho y, como quiera que el artículo 226 tiene por finalidad la protección de otras personas, resulta que según el artículo 823, apartado 2, y también según el artículo 826, obliga a indemnización" [Ennecerus-Nipperdey, volumen II, párrafo 220, págs. 530-532].

## SECCION 3ª EL DERECHO MEXICANO

747. *El Código de 1884.* Este Código, a semejanza del Napoleón, no contiene artículo alguno que se refiera a la teoría del abuso de los derechos. Sin embargo, bajo su vigencia, cabía la aplicación de esa teoría, a título de manifestación de la noción de derecho, como hace observar Bonnecase.

748. *El Código de 1928.* Este Código, inspirándose en el alemán y sobre todo en la teoría de Bonnecase, contiene los artículos del tenor siguiente: "Artículo 840. No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicio a un tercero, sin utilidad para el propietario." "Artículo 1912. Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho."

# TÍTULO SEXTO

# EL RIESGO CREADO O LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

749. BIBLIOGRAFIA. COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 183-184; DEMOGUE, t. III, núms. 69-301; MAZEAUD (H. et L.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil*, etc., t. I, núms. 66-90 y 336-361, t. II, núms. 1211-1289; CHARMONT, *Les transformations du Droit Civil*, págs. 233-280; GAUDEMET, páginas 310-316 y págs. 337-343; GENY, "Risques et responsabilité" *(Revue trimestrielle*, t. I, págs. 312-849); PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, t. VI, números 478-483 y 699-708; PLANIOL, t. II, núms. 926 *bis*-934; RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, núms. 112-132; RIPERT, *Le régime démocratique et le Droit Civil moderne*, núms. 167-197; GAUDEMET, "Une evolution nouvelle dans la théorie de la responsabilité civile" *(Revue trimestrielle*, t. XXVI, páginas 893-910); MAZEAUD (H.), "La faute dans la garde" *(Revue trimestrielle*, t. XXIV, pág. 801); MASSIGLI, *Les travaux de Raymond Saleilles sur la théorie objetive de la responsabilité extracontractuelle en l'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, págs. 435-475; SALEILLES, "La responsabilité du fait des choses devant la Cour Superieure du Canada" *(Revue trimestrielle*, t. X, páginas 52-59); JOSSERAND, t. II, núms. 556-558; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. IV, núms. 2972-2976; GIORGI, t. V, núms. 418-428.

## CAPÍTULO PRIMERO

### *La teoría nueva*

750. *Su exposición.* Colin y Capitant exponen esta teoría en los términos de los que transcribimos los conceptos siguientes: "En los últimos años del siglo XIX, se ha producido una corriente de ideas nuevas que tienden a modificar, a ensanchar las nociones fundamentales de la responsabilidad... Es el sistema de la responsabilidad objetiva. Su fundamento consiste, en suma, en eliminar de las condiciones de la responsabilidad la que actualmente es la más esencial, a saber: la imputabilidad del hecho que causa daños y perjuicios a una falta de su autor. En el sistema de la responsabilidad objetiva, un individuo sería siempre responsable de las consecuencias perjudiciales para otro de los actos que ejecuta. La única cosa que tendría que demostrar la víctima del hecho de otro, para obtener reparación, sería el perjuicio sufrido y el vínculo de causa a efecto entre

ese perjuicio y el hecho en cuestión. Así cada uno debería soportar el riesgo de sus actos, culpables o no. La noción del riesgo estaría llamada a reemplazar a la de la falta como fuente de obligación... Cuando un hecho se produce, trayendo consigo una pérdida de valor económico, ¿quién debe sufrir la pérdida que resulta de este siniestro? ¿El patrimonio de la víctima o el patrimonio del autor del hecho? La respuesta a esta pregunta no podría ser dudosa. Es el patrimonio del agente del perjuicio el que debe soportar la pérdida sufrida. En efecto, de dos personas en presencia, hay una de la cual no dependía impedir el daño, es la víctima. La otra, el agente del daño podía siempre impedirlo aun cuando no fuese sino dejando de obrar. De estas dos personas, hay una, la víctima, que no debía sacar ningún beneficio de la empresa efectuada, de la actividad desplegada. La otra, el agente del daño, debía, al contrario, obtener el provecho o el placer de esta empresa o de esta actividad. Es, pues, equitativo que, aun exento de toda falta, sea este último el que sufra, bajo la forma de reparación pecuniaria, el daño que resulta de su hecho... Este sistema, considerable por el número y la autoridad de los escritores que lo han preconizado, es evidentemente contrario a las concepciones que han inspirado a los redactores del Código. Pero ha ejercido ya una influencia acentuada sobre la legislación, sobre la interpretación doctrinal de los textos del Código Civil y sobre la jurisprudencia" [t. II, núms. 183-184].

751. *Su crítica.* "Ahora, si examinamos el principio de la responsabilidad objetiva en sí mismo, diremos que... lo rechazamos... porque tendría consecuencias peligrosas e injustas; iría nada menos que a matar toda iniciativa... Decir: el hombre debe soportar las consecuencias de sus actos aún lícitos desde el momento en que causen perjuicio a otro, porque cada uno debe correr el riesgo de su acción, es apartar al hombre de la acción, es condenarlo a la inercia. La equidad en el reparto de los riesgos es ciertamente deseable en Derecho, como lo sería en economía política, en el reparto de las riquezas. También es necesario no sacrificarle la producción, ni por tanto, la actividad humana, fuente de toda producción. Se concebiría que el hombre pudiera ser declarado por la Ley responsable *a priori* por el hecho de las cosas que le pertenecen, al menos cuando esas cosas son, por su naturaleza, peligrosas para los terceros. Y en efecto, depende de cada uno no introducir tal cosa en el medio social en donde puede producir daños; en rigor podría decirse que toda propiedad constituye un monopolio que debe implicar cargas al lado de sus ventajas. Pero no se podría ir hasta declarar al hombre siempre responsable por las consecuencias de sus actos, hasta hacer de cada ciudadano el asegurador del público, contra las consecuencias dañosas para otros de los actos lícitos que ejecuta, aun cuando no hubiera ninguna imprudencia que imputarle. ¿Puede decirse que depende del hombre no obrar? No, seguramente. La necesidad de la acción es para él una especie de fuerza mayor que, fuera de toda falta demostrada a su cargo, debe traer consigo su completa exoneración" [Colin et Capitant, t. II, núm. 184].



752. *Los Códigos Mexicanos.* Como los Códigos penales no se ocupan sino de delitos, en ellos no se encuentra sino la teoría de la culpa.

Esta es la única adoptada a su vez por el Código Civil de 1884, que no contiene precepto alguno relativo a la teoría nueva.

El Código Civil de 1928, en su artículo 1910, consagra en principio la teoría de la culpa y de ella hace numerosas aplicaciones, según hemos visto. Pero admite como excepciones las que vamos a indicar en los dos capítulos siguientes.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### *Los riesgos profesionales*

753. *La doctrina.* Siguen diciendo, Colin y Capitant en el número 184 citado: "En legislación es la idea de una responsabilidad objetiva fundada sobre el riesgo de la empresa la que ha inspirado la gran Ley sobre la reparación de los accidentes del trabajo de 9 de abril de 1898. El desarrollo prodigioso de la gran industria, la invasión del maquinismo, fenómenos económicos que han distinguido al siglo XIX, desde hace mucho tiempo habían en efecto puesto en claro la insuficiencia de las bases tradicionales de la responsabilidad, aun ensanchada por el empleo de las presunciones de falta. Cuando un obrero era víctima de un accidente de trabajo, no podía obtener reparación sino a condición de probar que el accidente era la consecuencia de una falta cometida por el patrón o por los empleados de éste. De allí resultaba que a consecuencia de la dificultad de la prueba, por la frecuencia de los casos fortuitos y aun por el hábito del obrero que lo arrastra a imprudencias inevitables, el obrero afectado no percibía ninguna indemnización en la mayor parte de los casos. Esta situación era demasiado contraria a la equidad para poder subsistir por mucho tiempo. En todos los países de Europa se ha sentido la necesidad de una regla diferente... La idea de la responsabilidad se encuentra, pues, en lo sucesivo, en caso de accidente y en las relaciones del patrón y del asalariado, desprendida de la idea de falta; no se trata ya de responsabilidad delictuosa, sino de una responsabilidad legal, fundada sobre esta concepción: que el riesgo de la empresa debe ponerse a cargo de aquel que percibe de ella los principales beneficios, o más bien a cargo de la empresa misma, en cuyos gastos generales debe entrar en lo sucesivo."

754. *El Derecho Mexicano.* De acuerdo con la doctrina expuesta, la Constitución [art. 123, frac. XIV], la Ley Federal del Trabajo [arts. 473, 488, 489 y 514] y el Código Civil de 1928 [arts. 1935 a 1937] reconocen la responsabilidad objetiva de los patronos en los casos de accidentes del

trabajo y de las enfermedades profesionales. Como el estudio de esta materia corresponde al curso de Derecho Industrial, nos limitamos a transcribir los artículos de nuestro Código Civil vigente: "Artículo 1935. Los patrones son responsables de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores sufridas con motivo o en el ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten; por tanto, los patronos deben pagar la indemnización correspondiente, según que hayan traído como consecuencia la muerte o simplemente la incapacidad temporal o permanente para trabajar. Esta responsabilidad subsistirá aun en el caso de que el patrón contrate el trabajo por intermediario." "Artículo 1936. Incumbe a los patrones el pago de la responsabilidad que nace de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales, independientemente de toda idea de culpa o negligencia de su parte." "Artículo 1937. El patrón no responderá de los accidentes del trabajo, cuando el trabajador voluntariamente (no por imprudencia) los haya producido."

## CAPÍTULO TERCERO

### *La utilización de objetos peligrosos*

755. *La doctrina de Demogue.* Demogue, refiriéndose a este caso especial, se expresa así: "Queda el caso que más preocupa: aquel en que el daño acontece sin falta un poco seria... resulta de la utilización con las precauciones requeridas de un mecanismo, de un objeto en sí peligroso, aun con el empleo de todas las medidas de precaución actualmente conocidas. Manejar por las necesidades de su industria, tomando todos los cuidados deseables, explosivos, líquidos inflamables, o aun conducir un automóvil, un vehículo capaz de marchar a gran velocidad, utilizar el gas, la electricidad, el acetileno, etc., corresponden a esta idea. Y hay que hacer constar que en la vida moderna los actos de este género han llegado a ser cada vez más frecuentes. La teoría clásica, aplicando el adagio: 'la cosa perece para su dueño', cuantas veces no hay falta reconoce la irresponsabilidad del autor... Para nosotros, cuando hay empleo de un organismo peligroso: la electricidad, automóvil, si aquel que lo utiliza no ha cometido ninguna falta o no ha cometido sino una falta ligera, debe ser plenamente responsable... Por otra parte, la responsabilidad será soportada más fácilmente por el autor. Los organismos peligrosos tienen un carácter común: son costosos. El que los emplea, teniendo una situación afortunada, podrá más fácilmente sufrir una pérdida. Por otra parte es probable que obtenga de esta cosa ciertos provechos, ciertos placeres, sin lo cual no la habría empleado. En fin, socialmente, está en disposición de asegurarse contra las consecuencias de su responsabilidad. Además, debe prever el accidente más fácilmente que la víctima, estando en contacto más frecuente con el objeto peligroso" [t. III, núm. 288, págs. 474-476].



756. *El Código Civil Ruso.* El artículo 404 de este Código, dice: "Las personas o las empresas cuya actividad causa una agravación de peligro para lo que las rodea, como los caminos de fierro, los tranvías, las empresas en forma de industrias manufactureras, los comerciantes de materias inflamables, los detentadores de animales salvajes... son responsables del daño causado por el elemento de agravación de peligro, a menos que prueben que el daño resulta de un caso de fuerza mayor o de la premeditación o la negligencia grosera de la víctima misma."

757. *Nuestro Código Civil de 1928.* "Artículo 1913. Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosos por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima." Notoriamente, este artículo está inspirado en la doctrina de Demogue, expuesta en el número 755 de este libro, y acepta, sin duda, la teoría del riesgo creado.

El hecho material de hacer uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosos por sí mismos, aunque se obre lícitamente, sin culpa alguna, produce la obligación de responder del daño que se cause.

758. *Relación de causa a efecto.* Pero al consagrar nuestro Código vigente la teoría del riesgo creado, lo hace con una reserva que consigna al final del artículo 1913, inspirada en el artículo 404 del Código Civil Ruso, cuyo texto hemos dado a conocer en el número 756 de este libro. Me refiero al caso en que quien usa cosas peligrosas demuestra que el daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima, caso en el cual queda exento de responsabilidad.

En todo caso, para que incurra en responsabilidad objetiva el que hace uso de mecanismos y demás objetos peligrosos, se requiere que cause el daño como lo dice textualmente el citado artículo 1913. Ejemplo: una bomba de dinamita colocada en una vía férrea produce el descarrilamiento de un tren y origina daños; la empresa dueña del ferrocarril no está obligada a indemnizar esos daños porque no los causó con el empleo de su máquina, sino que fueron producidos por la persona extraña que colocó la bomba en la vía. [Puede verse en este sentido la ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia, Tercera Sala, publicada en el periódico *La Justicia*, de 30 de noviembre de 1938, tomo VIII, págs. 3309-3311.]

759. *Independencia de la responsabilidad objetiva.* Como en esta especie de responsabilidad carece de influencia la ilicitud o licitud del hecho que causa el daño, la persona perjudicada puede exigir la indemnización correspondiente, con total independencia del proceso penal que pueda existir

y de la sentencia que en él se pronuncie; su derecho se basa sólo en el hecho perjudicial, sin tener en cuenta concepto alguno de culpa o de delito. [Véase, Bonnecase, *Précis*, t. II, núm. 400.]

760. *Daño moral.* Durante la vigencia del texto original del artículo 1916 del Código Civil, para poder exigir la reparación del daño moral se requería que hubiera sido causado por un hecho ilícito; no bastaba pues, demostrar la existencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad objetiva. Así lo decidió la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia en la ejecutoria citada en el número 758 de este libro y la Suprema Corte de Justicia en jurisprudencia definida [ver Tesis 2258, publicada en "Jurisprudencia y Tesis sobresalientes de la Suprema Corte de Justicia", Quinta Parte, Actualización Civil IV. Mayo Ediciones, 1978, pág. 1148].

A partir de la reforma de 29 de diciembre de 1982, en vigor a partir del primero de enero de 1983, la responsabilidad por daño moral se extiende expresamente a los casos de responsabilidad objetiva.

## TÍTULO SÉPTIMO

## LOS HECHOS PURAMENTE MATERIALES

761. *Hechos jurídicos no voluntarios.* En el número 39 de este libro hemos visto que hay hechos independientes de la voluntad del hombre, hechos que son acontecimientos naturales o accidentales, que engendran obligaciones. De estos hechos, considerados como puramente materiales, abstracción hecha de toda consideración de la voluntad del acreedor y del deudor [véase Bonnecase, *Suppl.*, t. II, núms. 314, 425 y 430], vamos a citar los siguientes:

*a)* El parentesco, del cual nace la obligación de dar alimentos [artículos 206-209 C. a. y 302-307 C. v.].

*b)* El hecho de la minoridad o de la demencia de quien se encuentre en la imposibilidad de gobernar su persona y administrar sus bienes, que es la causa de la obligación de los tutores que no pueden rehusar la función que les es deferida [art. 411 C. a. y art. 452 C. v.].

*c)* El hecho de que una pared sea medianera, el cual produce la obligación de repararla a cargo de los dueños que tengan a su favor esta medianería [art. 1004 C. a.] o, en otros términos, el hecho de que una pared sea de propiedad común, el cual produce la mencionada obligación a cargo de los dueños que tengan a su favor la copropiedad [art. 960 C. v.].

*d)* Los hechos generadores de la responsabilidad objetiva, que hemos estudiado en el título anterior.

762. *La Ley.* El artículo 1370 del Código Francés, declara que hay obligaciones que resultan sólo de la Ley, que se forman involuntariamente.

Planiol, enseña que: "Según la tradición se ligan a esta causa (la Ley) todas las obligaciones que no entran en ninguna de las otras categorías... el grupo de las obligaciones legales aparece como una especie de residuo, en el cual se dejan confundidas todas aquellas que no han podido encontrar lugar en las otras categorías" [t. II, núms. 828 y 830].

763. *Rectificación.* El punto de vista del Código Francés ha sido rectificado por Demolombe y por Marcadé, a quienes cita Bonnecase *[Suppl.*, t. II, núms. 443 y 446]. Demolombe, declara que: "Las obligaciones que, según nuestro texto, resultan de la autoridad sola de la Ley, están siempre

y de la sentencia que en él se pronuncie; su derecho se basa sólo en el hecho perjudicial, sin tener en cuenta concepto alguno de culpa o de delito. [Véase, Bonnecase, *Précis*, t. II, núm. 400.]

760. *Daño moral.* Durante la vigencia del texto original del artículo 1916 del Código Civil, para poder exigir la reparación del daño moral se requería que hubiera sido causado por un hecho ilícito; no bastaba pues, demostrar la existencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad objetiva. Así lo decidió la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia en la ejecutoria citada en el número 758 de este libro y la Suprema Corte de Justicia en jurisprudencia definida [ver Tesis 2258, publicada en "Jurisprudencia y Tesis sobresalientes de la Suprema Corte de Justicia". Quinta Parte, Actualización Civil IV. Mayo Ediciones, 1978, pág. 1148].

A partir de la reforma de 29 de diciembre de 1982, en vigor a partir del primero de enero de 1983, la responsabilidad por daño moral se extiende expresamente a los casos de responsabilidad objetiva.

## TÍTULO SÉPTIMO

## LOS HECHOS PURAMENTE MATERIALES

761. *Hechos jurídicos no voluntarios.* En el número 39 de este libro hemos visto que hay hechos independientes de la voluntad del hombre, hechos que son acontecimientos naturales o accidentales, que engendran obligaciones. De estos hechos, considerados como puramente materiales, abstracción hecha de toda consideración de la voluntad del acreedor y del deudor [véase Bonnecase, *Suppl.*, t. II, núms. 314, 425 y 430], vamos a citar los siguientes:

*a)* El parentesco, del cual nace la obligación de dar alimentos [artículos 206-209 C. a. y 302-307 C. v.].

*b)* El hecho de la minoridad o de la demencia de quien se encuentre en la imposibilidad de gobernar su persona y administrar sus bienes, que es la causa de la obligación de los tutores que no pueden rehusar la función que les es deferida [art. 411 C. a. y art. 452 C. v.].

*c)* El hecho de que una pared sea medianera, el cual produce la obligación de repararla a cargo de los dueños que tengan a su favor esta medianería [art. 1004 C. a.] o, en otros términos, el hecho de que una pared sea de propiedad común, el cual produce la mencionada obligación a cargo de los dueños que tengan a su favor la copropiedad [art. 960 C. v.].

*d)* Los hechos generadores de la responsabilidad objetiva, que hemos estudiado en el título anterior.

762. *La Ley.* El artículo 1370 del Código Francés, declara que hay obligaciones que resultan sólo de la Ley, que se forman involuntariamente.

Planiol, enseña que: "Según la tradición se ligan a esta causa (la Ley) todas las obligaciones que no entran en ninguna de las otras categorías... el grupo de las obligaciones legales aparece como una especie de residuo, en el cual se dejan confundidas todas aquellas que no han podido encontrar lugar en las otras categorías" [t. II, núms. 828 y 830].

763. *Rectificación.* El punto de vista del Código Francés ha sido rectificado por Demolombe y por Marcadé, a quienes cita Bonnecase [*Suppl.*, t. II, núms. 443 y 446]. Demolombe, declara que: "Las obligaciones que, según nuestro texto, resultan de la autoridad sola de la Ley, están siempre

fundadas también en un hecho que es el verdadero principio generador de ellas. En efecto, es una máxima elemental que todas las obligaciones nacen en un hecho. Y esta máxima es aplicable a las obligaciones que resultan de la Ley." Según Marcadé: "en la generación de toda obligación, aun de las atribuidas por el Código a la sola autoridad de la Ley, hay necesariamente otra cosa que esta autoridad de la Ley".

Los casos en que el Código Francés y los autores, consideran que la Ley es la fuente única de las obligaciones, son casos en los que realmente la fuente de ellas son hechos jurídicos materiales, no voluntarios, juntamente con la Ley [véase el número 47 de este libro y Bonnecase, *Suppl.*, t. II, números 433 y 436].

# APENDICE AL LIBRO SEGUNDO

## CLASIFICACION DE LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

764. BIBLIOGRAFIA. BONNECASE, *Précis*, t. II, núms. 447-460; BONNECASE, *Supplément*, t. II, núms. 280-307, 314, 315, 318, 423, 430, 433, 445-449; PLANIOL, t. II, núms. 805-834 *bis*; DEMOGUE, t. I, núms. 17-21; COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 6-7; HÉMARD, t. II, núms. 1096-1097, 1099 y 1322; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, t. VI, núms. 7-12; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XII, núms. 5, 6 y 28; JOSSERAND, t. II, núms. 9-12 y 579; GAUDEMET, páginas 19-20 y 344; BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis*, t. II, núm. 3; GIORGI, tomo III, núms. 1-4.

765. *La clasificación tradicional.* "La antítesis del contrato y del delito existía ya en Derecho Romano... El Derecho Romano reconocía la existencia de cierto número de obligaciones derivadas de hechos que no eran ni contratos ni delitos, pero no daba ningún nombre particular a estas fuentes excepcionales... Estas causas de obligaciones, distintas de los contratos y los delitos, no estaban, pues, ni clasificadas ni distinguidas por un nombre. En cuanto a las obligaciones que derivaban de ellas, se les trataba, ya como si hubieran nacido de un contrato, ya como si hubieran nacido de un delito, según que el hecho que les había dado nacimiento era ilícito o ilícito. Se tuvieron así obligaciones nacidas *quasi ex contractu* o *quasi ex delicto*. No es sino mucho más tarde, y en una época muy cercana a nosotros, cuando se tomó la costumbre de sacar de allí expresiones condensadas en forma de substantivo: 'cuasi contrato, cuasi delito'." [Planiol, t. II, número 808.] El Código Francés agrega a las cuatro fuentes mencionadas la Ley, según hemos visto en el número 762 de este libro.

766. *Otras clasificaciones.* Para Planiol, las fuentes de las obligaciones se reducen a dos: el contrato y la Ley, absorbiendo ésta al cuasi contrato, al delito y al cuasi delito [t. II, núm. 807].

Demogue señala: 1º El contrato, 2º La voluntad unilateral del deudor. 3º El delito y el cuasi delito. 4º El cuasi contrato. 5º El simple hecho que engendra una obligación, no preocupándose la Ley de la voluntad [t. I, 17, págs. 45-47].

Colin y Capitant clasifican las fuentes de las obligaciones, de la manera siguiente: 1º, el contrato; 2º, la promesa unilateral; 3º, los actos ilícitos; 4º, el enriquecimiento injusto; 5º, la gestión de negocios [t. II, número 7].

Josserand distingue cuatro grandes fuentes de obligaciones: 1º Los actos jurídicos, los cuales se subdividen en contratos y en promesas unilaterales (actos de formación unilateral). 2º Los actos ilícitos (delitos y cuasi delitos). 3º El enriquecimiento sin causa. 4º La Ley [t. II, núm. 11].

La conclusión de Bonnecase, es que "La ley puesta en movimiento por el acto jurídico y el hecho jurídico, es la única fuente de las obligaciones" [*Précis*, t. II, núm. 457].

767. *Los Códigos Mexicanos.* Como hemos visto, en los antiguos Códigos, Civil y Penal, se encuentran como fuentes de las obligaciones: el contrato, el pago de lo indebido, la gestión de negocios y el delito (intencional y de culpa). Los Códigos vigentes consideran como fuentes de obligaciones: el contrato, la declaración unilateral de la voluntad, el enriquecimiento ilegítimo (que comprende el pago de lo indebido), la gestión de negocios, los hechos ilícitos (comprendiendo los delitos intencionales y de imprudencia) y el riesgo creado. Además, en el Código de 1884, de preceptos particulares se infiere el principio general del enriquecimiento ilegítimo, y en ambos Códigos existe también como fuente de obligaciones los hechos puramente materiales.

# *LIBRO TERCERO*

# *LAS MODALIDADES DE LAS OBLIGACIONES*

## TÍTULO PRIMERO

## LAS OBLIGACIONES PURAS Y LAS MODALIDADES

768. *La doctrina francesa.* Planiol llama obligaciones puras y simples a las que se producen en el estado normal, que no están modificadas por ninguna modalidad: plazo o condición [t. II, núm. 347 y t. I, núms. 306 a 308]. Hémard agrega a la condición y al plazo el modo o la carga [t. I, núm. 310 et 315]. Para Baudry-Lacantinerie [*Précis*, t. II, núm. 152] la obligación pura y simple es la que no está afectada de ninguna modalidad y las principales modalidades, o maneras de ser de las obligaciones, son: la condición, el plazo, la alternativa, la solidaridad, la indivisibilidad y la cláusula penal. Colin y Capitant consideran a la condición y al plazo como modalidades de las obligaciones y como complexidad de las obligaciones de la pluralidad de objetos y la pluralidad de sujetos [t. II, livre II, titres IV et V].

Como resultado de estas ideas podemos decir que la obligación pura y simple es la que no está sujeta a una modalidad ya consista en plazo, condición o carga o en pluralidad de sujetos o de objetos.

769. *El Código de 1884.* Según el artículo 1328 "La obligación es pura cuando su cumplimiento no depende de condición alguna". Este artículo es copia del 1029 del proyecto de código español y García Goyena en su comentario recuerda que en Derecho Romano y en Derecho Patrio se define la obligación pura por contraposición a la condicional o a la de plazo.

770. *El Código de 1928.* Este código no expresa la noción de la obligación pura y simple, sino que bajo el rubro de "Modalidades de las obligaciones" presenta diversas especies de obligaciones, a saber: las condicionales, las a plazo, las que tienen pluralidad de objetos o de sujetos, las de dar y las de hacer y las de no hacer.

771. *Plan.* Por razón de método, en esta primera parte estudiaremos las obligaciones condicionales y las obligaciones a plazo, en vista de que hay que conocer estas nociones para entender algunas materias de las que trataremos en los libros siguientes; de las obligaciones complexas trataremos al final, porque su estudio supone el conocimiento de las demás materias que comprende este tomo segundo.

TÍTULO SEGUNDO

# LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES

772. *Tabla A*

C. a. 1329.—G. 1030.—C. N. 1168.—C. v. 1938.
" " 1330.—G. 1030.—C. N. 1181.
" " 1331.—G. 1031.—C. v. 1939.
" " 1332.—G. 1031.—C. N. 1183.—C. v. 1940.
" " 1333.—G. 1032.—C. N. 1169.
" " 1334.—G. 1032.—C. N. 1170 y 1171.
" " 1335.—C. P. 678.—C. N. 1179 y 1177.—G. 1037 y 1035. C. v. 1941 y 1946.
" " 1336.—C. P. 679.—C. N. 1178.—G. 1036.—C. v. 1945.
" " 1337.—G. 1038.—C. N. 1179.
" " 1338.—C. N. 1180.—G. 1039.—C. P. 682.—C. v. 1942.
" " 1339.—G. 1039.
" " 1346.—G. 1041.—C. N. 1183.
" " 1347.—G. 1041.
" " 1353.—C. v. 1952.
" " 1354.—C. N. 1172.—G. 1033.

773. *Tabla B*

C. v. 1938.—P. F. I. 108.—C. I. 1157.—C. a. 1329.
" " 1939.—P. F. I. 109.—C. I. 1158.—C. N. 1168 y 1181.—C. a. 1331.
" " 1940.—P. F. I. 109.—C. N. 1183.—C. I. 1158.—C. a. 1332.
" " 1941.—P. F. I. 110.—C. N. 1179.—C. I. 1170.—C. a. 1335.
" " 1942.—C. O. 152.—C. a. 1338.
" " 1943.—C. E. 1116.—G. 1033.—C. N. 1172 y 1173.
" " 1944.—C. E. 1115.—C. I. 1162.—C. N. 1174.
" " 1945.—C. E. 1119.—C. N. 1178.—C. a. 1336.
" " 1946.—C. Arg. 539.—C. N. 1176.—C. a. 1335.
" " 1947.—C. Arg. 540 y 541.—C. E. 1118.—C. N. 1179.
" " 1952.—C. a. 1353.



774. BIBLIOGRAFIA. Proyecto (franco-italiano) de código de las obligaciones y de los contratos de 1928 (texto en italiano y en francés), págs. XCVII y XCIX; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XIII, núms. 743-899; BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis*, t. II, núms. 153-186; LAURENT, t. XVII, núms. 32-121; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, t. VII, núms. 1024-1046; COLIN et CAPITANT, t. I, núms. 72-74 bis y t. II, núms. 391-400; PLANIOL, t. I, núms. 307-325 y t. II, núms. 374-388 bis; HÉMARD, t. I, núms. 313 et 314, t. II, números 1623-1634; JOSSERAND, t. I, núms. 109-112 y t. II, núms. 738-743; DEMOLOMBE, t. II, núms. 276-414, 445-454, 464-480; POTHIER: *Traité des obligations*, t. I, núm. 218; BARTIN: *Théorie des conditions*, etc.; GIORGI, t. IV, núms. 292-382; RICCI, t. XIII, núms. 110-120; LOMONACO, t. I, núms. 46-62; POLACCO, t. I, núms. 47-50; COVIELLO, t. I, núm. 137, pág. 437; BRUGI, núms. 200 y 201; PACCIONI: *Dei contratti in generale*, págs. 191-202; FERRARA: *Theorie del negocio ilicito*, núms. 53-59; GARCÍA GOYENA: *Comentario a los artículos relativos citados en el número 772*; VALVERDE, t. I, págs. 456-472, t. III, págs. 127-135; MANRESA, t. VIII: *Comentarios a los artículos del Código español citados en el número 773*; COLMO, núms. 223, 224, 225, 227 y 231; SALVAT: *Obligaciones en general*, núms. 681-686; SCHNEIDER et FICK, t. I, p. 284-285; ROSSEL, t. I, núms. 312 et 313; TUHR, t. II, págs. 651 y 652; LELOUTRE: *Etude sur la rétroactivité de la condition* (Rev. trim., t. VI, 1907, págs. 754-774); CUNHA GONÇALVES, t. IV, pág. 401.

## CAPÍTULO PRIMERO

### *Nociones generales*

775. *La obligación.* "La obligación es condicional cuando depende de un acontecimiento futuro e incierto, bien sea suspendiéndola hasta que éste exista, bien sea resolviéndola, según que el acontecimiento previsto llegue o no llegue a verificarse" [art. 1329, C. a.], o en términos más concisos "La obligación es condicional cuando su existencia o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto" [art. 1938, C. v.].

776. *La condición.* En vista de nuestros textos legales, podemos decir que condición es el acontecimiento futuro e incierto del cual depende la existencia, o la resolución de una obligación. En el primer caso la condición se llama suspensiva y en el segundo, resolutoria.

La doctrina enseña que sólo un acontecimiento futuro puede constituir una condición [Laurent, t. XVII, núm. 35; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 750; Colin et Capitant, t. II, núm. 391]. "Acontecimiento incierto significa que debe ser susceptible de acaecer o de no acaecer. No bastaría que la incertidumbre existiera por error en el espíritu... de las partes; es indispensable que la realización del acontecimiento, considerada en sí misma, sea incierta. En una palabra, se necesita una incertidumbre objetiva y no solamente una incertidumbre subjetiva" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 751].

## CAPÍTULO SEGUNDO

### *La condición suspensiva*

### SECCION 1ª CARACTER DISTINTIVO

777. *La doctrina.* La condición suspensiva es aquella a la realización de la cual está subordinado el nacimiento de una obligación [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núms. 772 et 827]. Ejemplo: "aseguro un inmueble de mi propiedad y el asegurador se obliga a indemnizarme si aquél es destruido por un incendio. Se dice entonces que la condición es suspensiva, porque la obligación no nacerá si no es que el acontecimiento se realiza; hasta entonces, esta obligación está en suspenso" [Colin et Capitant, t. II, núm. 392].

778. *El código de 1884.* Este código, empleando una expresión inexacta, dice en su artículo 1331 que "La condición es suspensiva cuando suspende el cumplimiento de la obligación, hasta que se verifique o no el acontecimiento". Este artículo tiene por origen el 1031 del proyecto de código español y en su comentario de García Goyena se lee que "faltando (la condición) no hay nada". Lo cual significa que la condición suspensiva afecta a la existencia misma de la obligación y no sólo a su cumplimiento. En este sentido debe rectificarse, pues, el texto del artículo 1331 y así su interpretación será coherente con el artículo 1329 que hemos transcrito en el número 775 de este libro.

779. *El código de 1928.* Nuestro código vigente consagra la sana doctrina en este precepto: "Artículo 1939. La condición es suspensiva cuando de su complimiento depende la existencia de la obligación".

### SECCION 2ª ESTADO DE INCERTIDUMBRE

780. *Efectos de la condición pendiente.* "La existencia misma de la obligación... se encuentra incierta. La relación obligatoria no ha nacido... El acreedor condicional no puede exigir nada de su deudor" [Hémard, t. II, núm. 1627].

781. *Pago de lo indebido.* En consecuencia, el artículo 1339 del código de 1884, expresamente reconoce que el deudor puede repetir lo que hubiere pagado antes de que se cumpla la condición. Debe entenderse que se ha efectuado por error de hecho [art. 1545, C. a. y Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 832 y los autores que cita].

El caso de que tratamos está comprendido en el artículo 1883 del código de 1928, según el cual "Cuando se reciba alguna cosa que no se tenía



derecho de exigir y que por error ha sido indebidamente pagada, se tiene obligación de restituirla".

782. *¿El acreedor sólo tiene una esperanza?* En las Instituciones del Justiniano, Libro III, título IV, párrafo 4, se encuentra el pasaje siguiente: "De la estipulación condicional nace solamente una esperanza de obligación." Comentando estas palabras Ortolan [t. II, núm. 1252, pág. 162] acepta que de la estipulación resulta un derecho eventual.

Pothier, bajo la influencia de esta fórmula, ha escrito: "Hasta ahí (hasta el cumplimiento de la condición) no hay nada debido; sino que solamente hay esperanza de que será debido" [*Obligations*, t. I, núm. 218].

Planiol, a su vez, sostiene que "Mientras la condición está pendiente se puede decir que la obligación que suspende no existe; se tiene solamente la esperanza de verla nacer un día" [t. II, núm. 375].

783. *El acreedor tiene un derecho eventual.* Yo creo que cabría mejor decir que hasta el cumplimiento de la condición suspensiva, la obligación no existe de una manera perfecta [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. II, núm. 831] y que el acreedor tiene más que una esperanza, tiene un derecho [Hémard, t. II, núm. 1627; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, número 837], tiene un derecho en germen [Gaudemet, pág. 427; Colin et Capitant, t. II, núm. 397] o, en otros términos, un derecho eventual [Aubry et Rau, t. IV, párrafo 302, pág. 73; Laurent, t. XVII, núm. 87; Demolombe, t. II, núm. 357 et 360; Planiol, Ripert, Esmein, Radouant et Gabolde, t. VII, número 1032].

En la exposición de motivos del código de 1870 se lee: "Lo dispuesto en el artículo 1454 (reproducido en el artículo 1338 del código de 1884 y con el cual concuerda la segunda parte del artículo 1942 del código de 1928) se funda en que si bien es cierto que antes de cumplirse la condición, no se puede decir propiamente obligado el deudor, también lo es que mientras haya esperanza de que la condición se cumpla, existe por lo menos un principio de obligación por parte del deudor, que consiste en la guarda y conservación de la cosa para poderla entregar, llegado el caso. Este principio de obligación supone necesariamente en el acreedor el derecho que le concede dicho artículo".

783 *bis.* En relación con el efecto de la condición suspensiva sobre la obligación y sobre el negocio jurídico que le da origen existen diferentes teorías que podemos agrupar de la siguiente manera:

*a)* Tesis que hacen depender de la realización de la condición la existencia misma de la voluntad y consecuentemente el nacimiento del negocio jurídico. En las opiniones de los autores que reunimos dentro de este primer grupo podemos observar diferencias de matices, pero todas las teorías coinciden en estimar que la condición afecta a la voluntad que debe formar el negocio jurídico, y en consecuencia que se afecta con la condición la

existencia misma del negocio. Para los autores que sostienen esta opinión el negocio jurídico condicional queda detenido en el proceso de su formación, y al estar afectado uno de sus elementos esenciales —la voluntad— el acto jurídico no llega a perfeccionarse sino hasta el momento en que se cumple la condición interpuesta. [En este sentido Arnst, Huschke, Fittinz, Unger, Adickes, Brinz y Holder. Citados por Bernardo Windscheid: "Diritto delle Pandette", traducción del alemán al italiano por Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa, Unione Tipográfico Editrice Torinese, Turín, 1925, Tomo I, nota tercera al número 86, pág. 284].

*b)* Tesis que conceptúan a la condición como un mecanismo que sólo interfiere en la efectividad de las obligaciones que desde luego nacen del negocio jurídico. La estructura lógica de este modo de pensar sería la siguiente: una vez concertado un negocio jurídico éste tendría plena existencia y produciría inmediatamente derechos y obligaciones para las partes que en él hubieren intervenido, inmediatamente los sujetos adquirirían el carácter de acreedor y deudor y tratándose de actos translativos de dominio, quien hubiere adquirido condicionalmente se haría desde luego propietario del bien objeto del negocio jurídico. El efecto de la condición se limitaría a impedir el cumplimiento o exigibilidad de la obligación y por lo mismo el acreedor no podría constreñir a su deudor para que efectuara la prestación a la que desde luego estaría ya obligado, ni el propietario podría exigir a su causahabiente la entrega del bien enajenado. [Esta tesis ha sido sostenida con frecuencia, a últimas fechas, por algunos autores mexicanos.]

*c)* Teorías que consideran que de la condición suspensiva dependen los efectos del negocio jurídico. En el pensamiento de los autores que incluimos en este tercer grupo existen también diferencias incidentales sobre la manera de enfocar el problema. Algunos juristas al analizar el efecto de la condición lo hacen considerando tanto su repercusión sobre el negocio jurídico, como su influencia sobre las obligaciones que de él pueden derivarse y consideran que si bien existe el acto jurídico (causa eficiente de la obligación) no existen aún de manera perfecta y normal los efectos del mismo, o sean los derechos y obligaciones que del negocio jurídico pueden derivarse. Otros tratadistas se limitan a observar el efecto jurídico que la condición puede producir en la formación de la obligación, y señalan que hasta en tanto no se cumpla la condición, la obligación condicionada no existe o al menos no existe de manera perfecta. [Este es el sentido de las Instituciones de Justiniano y puede consultarse al respecto: Carlos Maynz: "Curso de Derecho Romano", traducción por Antonio José Pou y Ordinas, Jaime Molinas, Editor, 2ª edición, Barcelona, 1892, tomo I, núm. 36, página 506. Rudolph von Ihering: "L'Esprit du Droit Romain dans Diverses Phases de son Developpement", traducción del alemán al francés por O. de Meulanere, 3ª edición, Librairie Maresq Ainé, París, 1888, tomo IV, página 166, núm. 2; Guillermo Floris Margadant: "Derecho Privado Romano", 1ª edición, Editorial Esfinge, S. A., México, 1960, pág. 345, núm. 143. Esta es también la opinión de la mayoría de los autores franceses e italianos].



Nuestra opinión sobre este punto es la siguiente: Si enfocamos la solución a través del negocio jurídico debemos afirmar que éste existe aun cuando no produce de momento sus efectos propios, brevemente, no es eficaz. Si se analiza la cuestión desde el punto de vista de la obligación que es el efecto del negocio jurídico —debe afirmarse que ésta no existe de manera perfecta sino hasta que se realiza la condición tal y como se ha expresado en los números anteriores—.

[Para una exposición más completa sobre este punto puede consultarse: Manuel Borja Martínez "Análisis del Efecto de la Condición Suspensiva sobre la Obligación y sobre el Negocio Jurídico que le da Origen", publicado en "Estudios Jurídicos que en Homenaje a Manuel Borja Soriano presenta la Universidad Iberoamericana". Editorial Porrúa, S. A., México, 1969.]

784. *Transmisibilidad del derecho.* En consecuencia, "Los derechos y las obligaciones de los contrayentes que fallecen antes del cumplimiento de la condición pasan a sus herederos" [art. 1337 del código de 1884].

785. *Conservación del derecho.* Por lo mismo, "los acreedores cuyos contratos dependieren de alguna condición, podrán aún antes de que ésta se cumpla, ejercitar los actos lícitos necesarios para la conservación de su derecho" [art. 1338 del código de 1884], o en otros términos: "El acreedor puede, antes de que la condición se cumpla, ejercitar todos los actos conservatorios de su derecho" [art. 1942 segunda parte, código de 1928].

## SECCION 3ª CESACION DE LA INCERTIDUMBRE

786. *Realización de la condición.* A la llegada de la condición suspensiva, la obligación llega a ser perfecta. El acreedor puede demandar su ejecución [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 847]. "Las cosas van a pasar como si la obligación hubiera sido pura y simple desde el principio" [Hémard, t. II, núm. 629]. "Cumplida que sea (la condición) se tendrá el contrato por perfeccionado, desde el día de su celebración" [artículo 1335 del código de 1884]. "Cumplida la condición se retrotrae al tiempo en que la obligación fue formada" [art. 1941 del código de 1928].

787. *Falta de realización de la condición.* "Cuando una obligación está afectada por una condición suspensiva, su plena existencia está subordinada a la llegada del acontecimiento previsto. De aquí se sigue que, si la condición falta, no hay obligación. Si, como sucede con más frecuencia, la prestación debida condicionalmente no se ha cumplido estando pendiente la condición, la situación es muy sencilla. Todo el efecto de la no realización del acontecimiento previsto conduce a esta proposición; la ejecución de la obligación no podrá demandarse. Pero si, lo que no es ordinario,

la cosa debida bajo condición se ha entregado al acreedor durante el periodo de incertidumbre, el deudor condicional tiene el derecho de exigir que se le devuelva" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 849].

## CAPÍTULO TERCERO

### *La condición resolutoria*

### SECCION 1ª CARACTER DISTINTIVO

788. *Nuestros códigos.* Código de 1884. "Artículo 1332. Es resolutoria (la condición) cuando cumplida que sea, produce la resolución de la obligación y repone las cosas en el estado que tenía antes de otorgarse aquélla."

Código de 1928. "Artículo 1940. La condición es resolutoria cuando cumplida resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación no hubiere existido."

789. *La doctrina.* "La condición puede tener por fin extinguir una obligación. Ejemplo: le dono a usted diez mil francos, pero la donación será resuelta si usted muere antes que yo. Se llama a esta segunda especie de condición, condición resolutoria. La obligación se forma inmediatamente; produce sus efectos como si fuera pura y simple, pero su desaparición está subordinada a la llegada del hecho previsto. Analizando de cerca la condición resolutoria, se ve que no es sino una variedad de la condición suspensiva; lo que suspende no es el nacimiento, sino la desaparición de la obligación. La obligación bajo condición resolutoria es pura y simple resoluble bajo condición. Sin embargo, la distinción entre la condición suspensiva y la condición resolutoria es útil, porque estas dos modalidades producen efectos bien diferentes, puesto que la primera suspende la formación y la segunda la extinción de la obligación. Pero no hay que olvidar que siendo la condición única en realidad, los mismos principios deben aplicarse a cada una de sus formas" [Colin et Capitant, t. II, núm. 392].

### SECCION 2ª ESTADO DE INCERTIDUMBRE

790. *Efectos de la condición pendiente.* La obligación nace inmediatamente, no hay incertidumbre sino sobre el punto de saber si subsistirá o si será resuelta; pero, entretanto, la obligación produce todos sus efectos como si fuera pura y simple. Ejemplo: Le dono a usted mi casa, pero la donación se resolverá si usted muere antes que yo. Usted es, desde luego, propietario de la casa [Colin et Capitant, t. II, núm. 397, pág. 372].



### SECCION 3ª CESACION DE LA INCERTIDUMBRE

791. *Realización de la condición.* Cumplida la condición se producen los efectos indicados en el número 788 de este libro.

792. *Falta de realización de la condición.* "Como la condición resolutoria no tiene en suspenso sino la destrucción de la obligación y por consiguiente no impide que ésta sea pura y simple, su falta no tiene otro efecto que hacer desaparecer la eventualidad de resolución y la obligación subsiste con el carácter de obligación pura y simple que ha tenido desde su formación [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 898] o, en otros términos, "continúa produciendo sus efectos, los cuales llegan a ser entonces definitivos" [Colin et Capitant, t. II, núm. 398].

## CAPÍTULO CUARTO

### *El cumplimiento de las condiciones*

793. *¿Cómo debe cumplirse la condición?* Como haya sido la voluntad de las partes sobre el particular, para lo cual hay que aplicar las reglas relativas sobre interpretación [véanse números 462 a 481 de este libro].

794. *Casos en que debe tenerse por cumplida.* Código de 1884. "Artículo 1336. Se tendrá por cumplida la condición que dejare de realizarse por hecho voluntario del obligado; a no ser que el hecho haya sido inculpable."

Código de 1928. "Artículo 1942. En tanto que la condición no se cumpla, el deudor debe abstenerse de todo acto que impida que la obligación pueda cumplirse en su oportunidad." "Artículo 1945. Se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento." "Artículo 1947. La obligación contraída bajo la condición de que un acontecimiento no se verifique en un tiempo fijo, será exigible si pasa el tiempo sin verificarse. Si no hubiere tiempo fijado, la condición deberá reputarse cumplida transcurrido el que verosímilmente se hubiere querido señalar, atenta la naturaleza de la obligación."

795. *Casos en que debe tenerse por no cumplida.* Código de 1884. "Artículo 1335... luego que haya certeza de que la condición no puede realizarse, se tendrá como no verificada." "Artículo 1353. Si la rescisión del contrato dependiere de un tercero y éste fuere dolosamente inducido a rescindirlo, se tendrá por no rescindido." Código de 1928. "Artículo 1946. La obligación contraída bajo la condición de que un acontecimiento suceda en un tiempo fijo, caduca si pasa el término sin realizarse, o desde que sea

indudable que la condición no puede cumplirse." "Artículo 1952. Si la rescisión del contrato dependiere de un tercero y éste fuere dolosamente inducido a rescindirlo, se tendrá por no rescindido."

## CAPÍTULO QUINTO

### *La retroactividad de las condiciones*

796. *El principio en nuestros códigos.* Ya hemos visto el principio adoptado por el código de 1884, en su artículo 1335 y por el código de 1928 en su artículo 1941, preceptos que abarcan la condición suspensiva y la resolutoria [núm. 786 de este libro]. Veamos ahora cuáles son sus fundamentos.

797. *Fundamentos doctrinales.* Gabolde, después de afirmar que "la regla del efecto retroactivo de la condición tiene en el estado actual de nuestra legislación el carácter de un principio", refiriéndose a su fundamento agrega: "Tres sistemas principales se han propuesto para determinar este fundamento. Según el primero, la retroactividad sería una ficción, puesto que consiste en determinar la situación de las partes como si, desde el principio, la obligación hubiera sido pura y simple o jamás hubiera existido, ambas cosas contrarias a la realidad de los hechos. De aquí se pretende deducir un método particular y restrictivo de la interpretación de la regla... El segundo sistema es el de la confirmación del Derecho por el cumplimiento de la condición. La regla de la retroactividad estaría enteramente conforme con la noción del Derecho condicional. El derecho condicional preexistiría al cumplimiento de la condición. Puesto que el derecho existe ya, la llegada de la condición no podría tener por efecto hacerlo nacer, sino solamente confirmarlo. Entonces nada más normal, más conforme a la naturaleza del derecho condicional que los efectos de él se remonten en el pasado hasta el día en que el trato de las partes lo haya hecho nacer... Según un tercer sistema la retroactividad de la condición tendría su origen en la voluntad presunta de las partes. Estas, al contratar bajo condición, verosímilmente han querido ligarse de la misma manera que si, en la certidumbre de la llegada de la condición, hubiesen hecho desde ese día un contrato puro y simple... Parece que el verdadero fundamento jurídico de la retroactividad de la condición debe buscarse en una combinación de la verdadera noción de derecho condicional y de la voluntad presunta de las partes desde el punto de vista de la disposición de la cosa" [Planiol, Ripert, Esmein, Radouant y Gabolde, t. VII, número 1037].

798. *Fundamento en nuestros códigos.* Yo considero que en orden al código de 1884 debemos preferir al tercero de los sistemas expuestos, el de



la voluntad presunta de las partes, que es el que reconoce Cunha Gonçalves, refiriéndose al artículo del código portugués [t. IV, núm. 533, página 404] del que procede nuestro artículo 1335, en la inteligencia de que, como dice el mismo autor en el lugar citado, el efecto retroactivo pueden las partes excluirlo o restringirlo por cláusula expresa del contrato. [En el mismo sentido puede verse Hémard, t. II, núm. 1630 y 1633.]

En cuanto al código de 1928, creo que adopta el mismo sistema en vista de que el origen del artículo 1941 de este código es el 110 del Proyecto Franco-Italiano y que en la exposición de motivos de este proyecto se lee lo que sigue: "Las comisiones no han creído deber abandonar la regla tradicional de la retroactividad de la condición cumplida. El ejemplo contrario del código alemán y después el del código suizo, no las ha persuadido; nada justifica esta reforma si no es quizá una crítica insuficientemente reflexionada de los textos romanos. Pero, conservando el principio de la retroactividad en el sentido de que la obligación condicional debe reputarse nacida a partir del momento en el que ha sido contraída si la condición se realiza, ha parecido que no se debía siempre aplicar esta regla en lo que concierne a los efectos de la obligación, puesto que hay casos en los cuales la voluntad de las partes es evidentemente dar efecto al vínculo obligatorio, a partir solamente del instante en el que la condición se ha cumplido... La nueva fórmula del artículo 110 hace desaparecer toda duda; la condición opera con efecto retroactivo al momento en el que la obligación se forma y es en este momento en el que deben existir los elementos constitutivos del contrato, pero los efectos de la obligación o su resolución pueden ser llevados a un momento diferente, si tal es la voluntad de las partes o la consecuencia de la naturaleza del acto [pág. XCIX].

799. *Excepción.* "La regla de la retroactividad no concierne a los contratos sucesivos, es decir, a aquellos cuya ejecución tiene lugar por periodos, tales como el arrendamiento... En efecto, en los contratos sucesivos la ejecución parcial de la obligación de uno de los contratantes corresponde exactamente, en la intención de las partes, a la ejecución parcial de la obligación de la otra. No hay aplicación verdaderamente práctica de esta observación sino en lo que concierne a la condición resolutoria" [Planiol, Ripert, Esmein, Radouant et Gabolde, t. VII, núm. 1039].

800. *Observación.* "Casi todos los autores estudian aquí, como una consecuencia de la retroactividad de las obligaciones condicionales, una serie de efectos que pertenecen a la teoría de los derechos reales. Suponen una obligación de dar un cuerpo cierto y se ocupan entonces de reglar la suerte de los actos de enajenación y de administración, así como las percepciones de los frutos hechas por una o por otra de las partes durante la condición pendiente. Estas cuestiones son muy importantes, pero no conciernen a la teoría de las obligaciones: se debe uno ocupar de ellas al estudiar el efecto de las condiciones sobre los derechos reales: se trata en realidad de deter-

minar la situación de un propietario bajo condición suspensiva o bajo condición resolutoria" [Planiol, t. II, núm. 387].

## CAPÍTULO SEXTO

### *Las diversas especies de condiciones*

801. *Idea preliminar.* Toda condición es ya suspensiva, ya resolutoria [véanse números 775 y 776 de este libro]; pero además puede pertenecer a alguna de las especies siguientes.

### SECCION 1ª CONDICION CASUAL, POTESTATIVA Y MIXTA

802. *Sus caracteres.* El código de 1884 las caracteriza así: "Artículo 1333. La condición es casual cuando depende enteramente del acaso o de la voluntad de un tercero no interesado en el contrato." "Artículo 1334. Es potestativa o voluntaria cuando depende puramente de la voluntad de una de las partes: y mixta cuando depende juntamente de un acontecimiento ajeno de la voluntad de las partes y de la voluntad de una de ellas."

El código de 1928 en el capítulo de obligaciones condicionales no ha reproducido esta clasificación, probablemente por considerar que la misma más bien pertenece a la doctrina, pero no la rechaza supuesto que alude a ella en los artículos 1352, 1353 y 1356 relativos a los testamentos.

803. *Ejemplos.* Condición casual: Si tu padre muere antes que tú, te daré una pensión para que puedas continuar tus estudios.

Condición potestativa: Si me decido a vender mi casa, la ofreceré a usted, antes de proponerla a otra persona.

Condición mixta: Si usted se casa con X le daré en arrendamiento mi casa número... de la calle de...

804. *Dos especies de condiciones potestativas en la doctrina francesa.* "Hay dos especies de condiciones potestativas: la condición simplemente potestativa que supone de parte del interesado, no solamente una manifestación de voluntad, sino el cumplimiento de un hecho exterior, por ejemplo: si usted se casa, si usted va a habitar en París, si usted vende su casa; la condición puramente potestativa que depende únicamente, exclusivamente de la voluntad y puede, por consiguiente, formularse así: si voluero, si lo quiero, si lo juzgo a propósito; por ejemplo, en un arrendamiento de doce años, el arrendador se reserva el derecho de revisar a su voluntad el precio del arrendamiento a la expiración del sexto año y del noveno año sin que un máximo se haya fijado a esta revisión... La condición simplemente potestativa de parte del que se obliga no impide la formación de la relación de derecho. La obligación del deudor es válida porque, si depende en cierta medida de un acto voluntario de su parte, está también subordinada, en parte, a contingencias de las cuales no es dueño. Por ejemplo, convengo con usted en que si me decido a enajenar mi casa se la ofreceré a usted antes de proponerla a otra persona. La obligación depende de mi voluntad, pero, a consecuencia de circunstancias que pueden producirse, estaría quizá obligado o cuando menos tendría quizás un interés decisivo, cierto día en vender mi casa... La condición puramente potestativa, es decir, la que depende de la pura voluntad del deudor, destruye, en todos los casos, la eficacia del vínculo jurídico. Es evidente, en efecto, que una persona no está seriamente obligada cuando dice: yo venderé a usted mi casa o bien le haré a usted una donación si lo juzgo a propósito... Dos observaciones son necesarias aquí. Desde luego, la obligación es válida si la condición puramente potestativa depende, no de la voluntad del deudor, sino de la del acreedor. Ejemplo: Me obligo a prestar a usted diez mil francos el primero de enero, si usted lo quiere. Le doy a usted en arrendamiento mi casa y le prometo vendérsela en veinte mil francos al fin del arrendamiento, si usted lo desea. Aquí, en efecto, el deudor contrae una obligación firme a la cual no puede sustraerse. En segundo lugar, la condición, aun puramente potestativa, de parte del deudor, no anula el contrato, cuando es resolutoria. En este caso el contrato es puro y simple; las obligaciones que crea nacen inmediatamente, pero cada una de las partes se reserva el derecho de resolverlo cuando lo quiera" [Colin et Capitant, t. II, núms. 393, págs. 367 y 368].



805. *Las mismas condiciones en el código de 1884.* El artículo 1334 de este código es una reproducción del artículo 1032 del proyecto de código español y éste, como lo dice García Goyena, concuerda con el artículo 1170 francés, que se refiere a la condición simplemente potestativa.

A la condición puramente potestativa le es aplicable el artículo 1278 del código de 1884 [citado en el número 487 de este libro], según el cual "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contrayentes". En efecto, este artículo reproduce el artículo 979 del proyecto del código español y García Goyena lo comenta diciendo: "Conforme con el 1174 francés" (que es el que trata de la condición puramente potestativa). Después cita los siguientes fragmentos del Derecho romano: Digesto, libro XLV, título I, ley 17. "No es válida una estipulación, habiéndose dejado la condición al arbitrio del deudor que promete" y ley 108, párrafo 1: "No puede subsistir ninguna promesa que adquiere validez según la voluntad del que promete". Libro XLIV, título VII, ley 8: "Bajo esta condición: si yo quisiera, no se contrae ninguna obligación, porque se tiene por no dicho lo que no puedes ser obligado a dar, si no quisieras." Libro XVIII, tít. I, ley 7. "Si alguno hubiere vendido así: si él quisiere o prometiera de este modo al que estipula: si yo quiero daré diez;

porque no debe dejarse al arbitrio del reo si quedará obligado." A continuación cita García Goyena la ley de partida que hemos transcrito en el número 487 del tomo I de este libro. En seguida dice: "Sin embargo, valía y valdrá hoy esta condición: si dentro de tal plazo te hubiere agradado la cosa, pero no si el tiempo fuese ilimitado, párrafo 4, título 24, libro 3, Instituciones." Por último, resumiendo lo expuesto, agrega: "Los motivos de este artículo y sus ejemplos están bien claros en las leyes romanas citadas: quedar y no quedar obligado son cosas incompatibles."

806. *La condición puramente potestativa en el código de 1928.* Este código contiene el artículo 1797 que concuerda con el 1278 del código de 1884 y además el que a continuación se transcribe: "Artículo 1944. Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula." Ahora bien, he aquí el comentario aplicable de Manresa: "La primera parte del art. 1115, en cuanto declara nula la obligación sujeta a condición que dependa exclusivamente de la voluntad del deudor, se conforma con la evidente y sencilla consideración de que lo contrario sería tanto como sancionar obligaciones ilusorias o ir contra el principio de justicia declarado en el art. 1256, al establecer que la validez y cumplimiento de los contratos no pueden quedar al arbitrio de uno de los contratantes. Es indudable que la palabra exclusivamente autoriza a contrario la licitud de condiciones que sólo o en parte dependan de la voluntad del deudor... Al silencio que guarda el código acerca de las condiciones potestativas para el acreedor, da margen a preguntar si debe entenderse extensiva a aquéllas la declaración de nulidad hecha para los casos de condiciones potestativas en el deudor. La solución tiene que ser negativa por falta de derecho y prohibición, y dada la profunda diferencia de los casos... Ahora, lo que sí es indudable es que, tratándose de obligaciones recíprocas, la prohibición respecto del deudor alcanza al acreedor, supuesto que en ambos concurren los dos caracteres, y la obligación de cada uno es supuesto, necesario, para la del otro" [tomo VIII, página 131].

## SECCION 2 CONDICIONES POSITIVAS Y NEGATIVAS

807. *Sus caracteres.* "La condición es positiva o afirmativa, cuando consisten en el caso en que un acontecimiento llegará... es negativa, cuando consiste en el caso en que un acontecimiento no llegará" [Demolombe, tomo II, núm. 283].

808. *Nuestros códigos.* La clasificación anterior no se encuentra expresamente consignada en nuestros códigos, aunque el de 1884 alude a ella en el artículo 1335 y el de 1928 en sus artículos 1946 y 1947.



## SECCION 3ª CONDICIONES IMPOSIBLES E ILICITAS

### I. CONDICIONES IMPOSIBLES

809. *Imposibilidad física o jurídica.* "La condición imposible es aquella que supone un acontecimiento que no puede realizarse, sea porque es contraria a las leyes de la naturaleza, sea porque está en contradicción con los principios del Derecho. En el primer caso hay imposibilidad material o física... La condición jurídicamente imposible es aquella que tiende a crear una relación de derecho que el juego de los principios generales hace imposible. Ejemplo: Os doy un bien bajo la condición de que será perpetuamente inalienable" [Colin et Capitant, t. II, núm. 395, pág. 369].

810. *Análisis de las condiciones imposibles y de sus efectos.* "La condición imposible es aquella de la cual se puede de antemano negar la llegada con certidumbre. A decir verdad, una condición de este género no es condición. Carece en efecto de los caracteres esenciales que distinguen a toda condición. No consiste en un acontecimiento futuro, puesto que no podrá producirse jamás. No consiste tampoco, y por la misma razón, en un acontecimiento incierto. Si pues se le da el nombre de condición, esto se debe a que, en la obligación a la que acompaña, las partes se sirven, para expresarlo, de la forma condicional: ¿Me promete usted cien, si yo toco el cielo con el dedo?... Se entiende por condición necesaria una condición que debe necesariamente llegar, por ejemplo, la condición inversa de la que acabo de suponer: ¿me promete usted cien si yo no toco el cielo con el dedo? Esta condición no afecta en manera alguna a la obligación que la contiene: ella la hace pura y simple, porque queda necesariamente cumplida en el mismo momento en el que se emite... Todo esto no concierne sino a la condición suspensiva. Pero es fácil aplicar la noción de imposibilidad a la condición resolutoria... Una condición resolutoria de la cual se puede decir *a priori* que no llegará jamás, deja, pues, pura y simple la obligación que afecta. Ejemplo: Os doy cien, pero la donación será resuelta, si tocáis el cielo con el dedo. He aquí una resolución que no se producirá jamás. Es una condición resolutoria imposible, que desempeña un papel idéntico al de la condición suspensiva necesaria. La condición suspensiva necesaria transforma a la obligación que afecta en una obligación pura y simple: Sucede lo mismo con la condición resolutoria imposible;... en sentido inverso, la condición resolutoria necesaria es compañera de la condición suspensiva imposible: le doy a usted cien, pero la donación será resuelta si usted no toca el cielo con el dedo. Aquí la condición resolutoria tiende a determinar la llegada de un hecho imposible; es una condición resolutoria necesaria." [Los párrafos transcritos se encuentran en la *"Théorie des Conditions,* etc., por Bartin; pero al traducirlos he sustituido la palabra acto por la de obligación.]

811. *Nuestros códigos.* Código de 1884: "Artículo 1354. Las condiciones físicas o legalmente imposibles anulan el contrato que de ellas dependen." Código de 1928: "Artículo 1943. Las condiciones imposibles de dar o hacer... anulan la obligación que de ellas dependa. La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta."

## II. Condiciones ilícitas

812. *Referencia.* En el tomo primero de este libro [números 172-186, 203, 207, 208, 209, 213, 216, 225, 228, 229 y 241-248] hemos tratado de la ilicitud en el objeto de las obligaciones contractuales y en el fin o motivo determinante de la voluntad en los contratos. Ahora nos toca estudiar la ilicitud en las condiciones.

813. *Nuestros códigos.* El código de 1884 estatuye: "Artículo 1354. Las condiciones físicas o legalmente imposibles anulan el contrato que de ellas depende." En este precepto están comprendidas las condiciones ilícitas, supuesto que el mismo código en su artículo 1306 considera como legalmente imposibles los actos ilícitos [véase núm. 174, t. I, de este libro].

El artículo 1943 del código de 1928 establece que "Las condiciones... prohibidas por la ley o que sean contra las buenas costumbres anulan la obligación que de ellas dependa".

814. *Cuando se reputa ilícita la condición.* "La condición de una cosa inmoral o ilícita... hace el convenio nulo... porque imprime al convenio mismo entero un carácter inmoral o ilícito. De donde resulta que es necesario, para que la condición inmoral o ilícita haga nulo el convenio que tenga efectivamente por resultado hacer este convenio mismo inmoral o ilícito... la condición inmoral o ilícita no hace, en todo caso, inmoral o ilícito el convenio mismo. Hay que hacer, al contrario, distinciones, es decir, hay que investigar con qué intención las partes han subordinado su convenio a la condición de que se trata y si el fin que se han propuesto alcanzar, hace, en efecto o no hace inmoral o ilícito su convenio. La condición es ilícita o inmoral, dice justamente el señor Bufnoir, cuando imprime al acto en el que interviene, un carácter tal que la operación, en su conjunto, esté reprobada por las reglas de la ley moral o de la ley civil; no es en la naturaleza del hecho, cuyo cumplimiento o no cumplimiento forme el objeto de la condición en la que hay que fijarse para saber si ella es contraria a las leyes o a las costumbres; es en el fin perseguido por la parte que ha impuesto la condición" [Demolombe, t. II, núm. 304]. [En el mismo sentido pueden consultarse Colin et Capitant, t. II, núm. 395, págs. 370 y 371; Aubry et Rau, párrafo 302, pág. 65; Bartin, *ob. cit.*, pág. 127, y Ferrara, *ob. cit.*, núm. 33, pág. 81, núm. 35, págs. 86 y 87.] Por último, conviene hacer notar que las condiciones ilícitas son necesariamente potestativas, porque tienden siempre a impeler a una persona a ejecutar cierto hecho. [Colin et Capitant, t. II, núm. 395, pág. 370.]



## SECCION 4ª HECHO PASADO

815. *Pretendida condición.* Nuestro código de 1884, en su artículo 1330, siguiendo al código francés, admite que "También puede constituirse obligación condicional, haciéndola depender de un hecho pasado, pero desconocido de las partes". Este artículo está basado en la consideración de que mientras las partes están en la incertidumbre sobre el punto de saber si el acontecimiento previsto se ha realizado o no se ha realizado están mentalmente en la misma situación que si la obligación fuese condicional [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 750]. Esta explicación no satisface porque como dice Giorgi: "Puesto hoy como condición un evento pasado o presente, aunque ignorado por las partes, no se verifican los efectos de la condición." Así es, porque si la condición es suspensiva, la obligación existe, puesto que la condición está cumplida en el momento en que la obligación se contrae; si la condición es resolutoria, jamás ha habido obligación, puesto que en el momento mismo en que debía formarse estaba resuelta [Laurent, t. XVII, núm. 35]. Por estas razones, seguramente, nuestro código de 1928 no reprodujo el artículo 1330 del anterior.

## APENDICE AL TITULO ANTERIOR

### LA OBLIGACION MODAL O CON CARGA

816. BIBLIOGRAFIA. PLANIOL, t. III, núms. 3008-3025; COLIN et CAPITANT, t. III, núms. 841 et 1065-1070; PLANIOL, RIPERT et TRASBOT (*Traité Pratique de Droit Civil Français*), t. V, núms. 328, 329, 471 et 477; LAURENT, t. XII, núms. 487-493; HÉMARD, t. I, núm. 315; GIORGI, t. IV, núms. 387 y sigs.; POLACCO, núm. 52; PACCHIONI, pág. 191.

817. *En qué consiste el modo.* Explica Giorgi que: "El modo es una carga impuesta al que recibe una liberalidad. No suspende ni resuelve el vínculo contractual, pero constriñe y obliga al aceptante a efectuar las cargas que se le imponen. No modifica en rigor el contrato, sino que constituye en él una prestación accesoria, la cual, si no hace absolutamente conmutativo un contrato que de otra manera sería a título gratuito, disminuye por otra parte el beneficio del gratificado, y hace al contrato, al menos imperfectamente, sinalagmático. De aquí se desprende que no se concibe el modo más que en las donaciones; o al menos, en aquellos contratos, que a pesar de su nombre de conmutativos, contienen mezcla de liberalidad. Verbigracia: una venta por precio inferior al justo. El modo puede consistir: *a)* En una prestación a favor del donante. Te vendo por sólo mil liras el fundo Querceto, que vale el doble, a condición de que plantes mil eucaliptos en mi otro fundo de Maremma; *b)* En una prestación a favor de un tercero. Te doy el usufructo de los bienes de Sicilia, siempre que tú asumas la administración de los bienes de Toscana; *c)* En una prestación, que no interese directamente a ninguna persona determinada. Por ejemplo: Te doy mi villa de San Martino, para que o a condición de que tú eleves allí un monumento a Víctor Manuel" [t. IV, núm. 387, págs. 400-401].

818. *Sus diferencias con la condición.* De acuerdo con Hémard, diremos que: "Por naturaleza, el modo difiere de la condición en que no depende de un acontecimiento futuro e incierto. No suspende el derecho del donatario o vendedor, como la condición suspensiva; no hace incierto el nacimiento de este derecho: el acto produce inmediatamente efecto; el modo obliga a la ejecución impuesta. La inejecución del modo no opera de pleno derecho la resolución del acto, como la condición suspensiva: es solamente una causa de revocación, que debe ser invocada y, en caso de



incumplimiento del modo, su ejecución íntegra puede ser demandada y no necesariamente la revocación. Por sus efectos, el modo se parece a la condición resolutoria. Cuando la carga no es ejecutada, la revocación del acto puede ser demandada y tiene por efecto hacer desaparecer retroactivamente el acto jurídico, borrarlo aun en el pasado" [tomo I, núm. 315].

818 *bis. Obligaciones futuras o eventuales.* Podemos decir que obligación eventual es aquella cuya suerte depende de un acontecimiento que interesa a uno de sus elementos esenciales y constitutivos, fuera de los cuales su existencia sería inconcebible. Así, por ejemplo: si un Banco abre un crédito a uno de sus clientes, mientras éste no utiliza el crédito su obligación queda en la categoría de eventual y lo mismo puede decirse de la obligación a favor de persona futura. Mientras la condición se realiza retroactivamente, la obligación eventual llega a ser actual sin retroactividad. [Véase lo que dice Josserand sobre los derechos eventuales t. I, núm. 113 y el interesante estudio de Demogue sobre los derechos eventuales en la *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, t. IV, págs. 723-791 y t. V, págs. 231-319.]

TÍTULO TERCERO

## LAS OBLIGACIONES A PLAZO

819. *Tabla A*

C. a. 1355.—G. 1045.—C. v. 1953.
" " 1356.—G. 1045.—C. v. 1954.
" " 1357.—G. 1045.—C. v. 1955.
" " 1358.—C. v. 1956.
" " 1359.—C. N. 1186.—C. v. 1957.
" " 1360.—C. N. 1187.—C. v. 1958.
" " 1361.—G. 1048.—C. N. 1988.—C. I. 1176.—C. v. 1959.

820. *Tabla B*

C. v. 1953.—C. a. 1355.
" " 1954.—C. a. 1356.
" " 1955.—C. a. 1357.
" " 1956.—C. a. 1358.
" " 1957.—C. E. 1126.—C. a. 1359.
" " 1958.—C. N. 1187.—P. F. I. 119.—C. a. 1360.
" " 1959.—C. E. 1129.

821. BIBLIOGRAFIA. PLANIOL, t. I, núms. 306-312, 316, 318, 320, 322, 325, t. II (núms.) 348-373 bis; JOSSERAND, t. I, núms. 108-112, t. II, núms. 721-737; COLIN et CAPITANT, t. I, núms. 70-71; t. II, 401-408; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XIII, núms. 968-1041; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, t. VII, núms. 998-1023; HÉMARD, t. I, núms. 311-312; t. II, núms. 1612-1622; BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis*, t. II, núms. 178-185; GARCÍA GOYENA, comentarios a los artículos 1045 a 1048 del proyecto de código español; MANRESA, comentarios a los artículos 1125 y siguientes del Código español; VALVERDE, t. III, pág. 136; GIORGI, t. IV, núms. 390-418; POLACCO, t. I, núms. 51-51 bis; TROPLONG: *Privilèges et hipothèques*, t. I, núm. 293 et sigs.

822. *División.* El plazo o término puede ser suspensivo o extintivo.



CAPÍTULO PRIMERO

### *El plazo suspensivo*

### SECCION 1ª NOCIONES GENERALES

823. *Definición.* "Es obligación a plazo aquella para cuya cumplimiento se ha señalado un día cierto" [art. 1355 del código de 1884 y art. 1953 del código de 1928]. Examinemos brevemente los elementos de esta definición a la luz de la doctrina.

824. *Acontecimiento futuro.* Así es el plazo y este carácter es común a él y a la condición [Planiol, t. I, núm. 309]. El plazo es la modalidad en virtud de la cual la obligación no se cumplirá inmediatamente, sino en cierto día [véase Colin et Capitant, t. II, núm. 401].

825. *Día cierto.* "Entiéndese por día cierto aquel que necesariamente ha de llegar" [art. 1356 del código de 1884 y 1954 del código de 1928]. "El grado de fijeza de un término puede variar sin que la modalidad cese por esto de ser un término. Habitualmente el término es un acontecimiento que llega en día fijo, es decir, en un día designado por su fecha en el calendario. Por ejemplo: ...el 30 de junio. Pero el acontecimiento escogido como término puede ser de tal naturaleza que su realización sea seguramente inevitable, sin que se pueda prever qué día se realizará. El tipo de los términos de este género es la muerte de una persona denominada; es seguro que esta persona morirá un día, aunque no se sabe cuándo. El empleo de semejantes términos es bastante frecuente: se pueden citar como ejemplos las rentas vitalicias, los seguros en caso de muerte, que son... obligaciones que dependen de la muerte de una persona. Se ha tomado la costumbre de designar a este término de vencimiento indeterminado con el nombre de término incierto. Esta expresión viene del derecho romano; los jurisconsultos antiguos decían *dies incertus*. Pero, pasando a nuestra lengua, tiene el inconveniente de arrojar la oscuridad en el lenguaje: puesto que se distingue el término de la condición gracias a un carácter de certidumbre, es contradictorio hablar de término incierto. Hay que entender esta expresión como una fórmula abreviada que significa término con vencimiento incierto" [Planiol, t. I, núm. 312]. Por lo expuesto, con razón dicen los artículos 1357 del código de 1884 y 1955 del código de 1928 que "Si la incertidumbre consistiere en si ha de llegar o no el día, la obligación será condicional..."

826. *Cumplimiento.* El término suspensivo, a diferencia de la condición, no influye sobre la existencia de la obligación, sino solamente retarda su ejecución, o sea su cumplimiento [véase Planiol, t. II, núm. 351 y Colin et Capitant, t. II, núm. 401].

## SECCION 2ª EFECTOS DEL PLAZO

827. *En favor de quién está establecido.* A esta cuestión responden nuestros códigos en estos términos: Código de 1884. "Artículo 1360. Siempre que en los contratos se designa un término, se presume establecido en beneficio del deudor; a no ser que del contrato mismo o de otras circunstancias resultare haberse puesto también en favor del acreedor".

Código de 1928. "Artículo 1958. El plazo se presume establecido en favor del deudor, a menos que resulte, de la estipulación o de las circunstancias, que ha sido establecido en favor del acreedor o de las dos partes."

828. *Interés práctico de la cuestión.* "Si se ha convenido el término en interés de sólo el deudor, éste tiene el derecho de pagar anticipadamente. El acreedor, al contrario, no puede, antes del vencimiento, demandar la ejecución de la obligación. Si el término está estipulado exclusivamente en favor del acreedor, este último puede inmediatamente exigir el pago, pero el deudor no puede imponérselo. En fin, si el término está establecido para ventaja común de las partes, una de ellas no tiene el derecho de renunciar a él en perjuicio de la otra; es decir, que el pago no puede tener lugar anticipadamente si ambos contratantes no se ponen de acuerdo sobre este punto" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 974].

829. *Validez del cumplimiento anticipado.* A este respecto nuestros códigos establecen que "Lo que se hubiere pagado anticipadamente no puede repetirse" [artículo 1359 del código de 1884 y primera parte del artículo 1957 del código de 1928]. Como la obligación existe, aun antes de la llegada del término, "si el deudor paga antes del vencimiento, no tiene la acción en repetición, porque no puede pretender que ha pagado lo indebido. Esta solución debe mantenerse aunque el que paga hubiera creído, sin razón, que el término estaba vencido" [Josserand, t. II, núm. 727].

830. *Cuestión subsidiaria.* El código de 1928 contiene, en la segunda parte de su artículo 1957, este precepto: "Si el que paga ignoraba, cuando lo hizo, la existencia del plazo, tendrá derecho a reclamar del acreedor los intereses o los frutos que éste hubiese percibido de la cosa."

La disposición que acabamos de transcribir no es aplicable a los casos regidos por el código de 1884, porque el artículo 1359 de este código, citado en el párrafo anterior, no hace distinción alguna, lo cual se explica por consideraciones prácticas que pueden verse en la obra de Baudry-Lacantinerie et Barde [t. XIII, núm. 989] y en la de Planiol [t. II, núm. 357].

831. *Actos conservatorios.* "El acreedor a plazo puede proceder a los actos conservatorios, los cuales se oponen precisamente a los actos de ejecución que le quedan prohibidos. A decir verdad, ningún texto le confiere esta prerrogativa; pero pertenece al acreedor condicional; luego *a fortiori* debe serle reconocido" [Josserand, t. II, núm. 727]. En el mismo sentido Baudry-Lacantinerie et Barde [t. XIII, núm. 993].



## SECCION 3ª COMO LA OBLIGACION LLEGA A SER EXIGIBLE

### I. VENCIMIENTO DEL PLAZO

832. *Exigibilidad.* Inmediatamente después de la llegada del término, la deuda es exigible, está vencida, se transforma automáticamente en una obligación pura y simple [Josserand, t. II, núm. 728].

833. *Cómputo del plazo.* Nuestros códigos civiles [art. 1358 del código de 1884 y art. 1956 del código de 1928] preceptúan que el plazo en las obligaciones se contará de la manera prevenida para la prescripción. En consecuencia, el día en que comienza el plazo se cuenta entero, aunque no lo sea y aquel en que termina el plazo debe ser completo [arts. 1128 del código de 1884 y 1179 del código de 1928]. Así, por ejemplo, si una persona, el día primero de junio se obliga a pagar cierta cantidad de dinero en el plazo de veinte días, dicho día será el primero del plazo y el día veinte del mismo mes será el último del propio plazo. Hasta que lleguen las veinticuatro horas de este día se vencerá el plazo y por lo mismo el cumplimiento de la obligación no podrá exigirse, sino a partir del día veintiuno del mes expresado.

La doctrina francesa, en general, considera que el día que sirve de punto de partida al plazo, no cuenta en el cómputo del plazo [*Repertoire Carpentier*, palabra "Delai", núm. 27; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 1003; Laurent, t. XVII, núm. 191; Troplong, *Comentaire des Privilèges et Hipothèques*, t. I, núm. 293 et sigs. Este comentario es muy notable; en él se estudia la cuestión en los derechos romano, canónico y antiguo francés y según el código Napoleón]. La razón que constituye el fundamento de la doctrina francesa es que prácticamente los contratos se celebran cuando ya han transcurrido algunas horas del día de su celebración y que si el deudor ha de gozar del plazo íntegro no debe computarse en el término, el día del contrato, porque entonces no sería cierto que el deudor gozaba de todo el término.

El razonable criterio de la doctrina francesa es el aplicable en Derecho Mercantil, ya que nuestro código de comercio en su artículo 84 se ocupa del cómputo del término, omitiendo el principio del artículo 1358 del código de 1884. Este criterio es el consagrado por la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 81, parte final, que tratando de la letra de cambio dice: "Ni en los términos legales ni en los convencionales se comprenderá el día que les sirva de punto de partida."

## II. Renuncia

834. *Quién debe hacerla.* "La persona a la que beneficia el término puede renunciar a él y ofrecer o demandar la ejecución inmediata. Si el término está establecido en interés de una sola de las dos partes, la renuncia es unilateral y resulta de su sola voluntad. Si el término aprovecha a las dos, su supresión necesita del acuerdo de sus voluntades y se hace por un convenio que hace desaparecer la cláusula relativa al término" [Planiol, t. II, núm. 359].

## III. Caducidad

835. *Noción de la caducidad.* "Hay caducidad del término, cuando el deudor se encuentra privado de él contra su voluntad. Las caducidades no tienen lugar sino para el término que aprovecha al deudor; no existe contra el acreedor" [Planiol, t. II, núm. 362]. Las causas de caducidad son las que consignan nuestros códigos en los artículos que a continuación copiamos.

Código de 1884. "Artículo 1361. Al deudor constituido en quiebra, al que se hallare en notoria insolvencia y al que sin consentimiento del acreedor hubiere disminuido por medio de actos propios las seguridades otorgadas, podrá exigirse el cumplimiento de la obligación a plazo, aun cuando éste no se haya vencido."

Código de 1928. "Artículo 1959. Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: I. Cuando después de contraída la obligación, resultare insolvente, salvo que garantice la deuda; II. Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido; III. Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieren, a menos que sean inmediatamente substituidas por otras igualmente seguras."

Prescindiremos de la quiebra porque el estudio de esta causa corresponde al derecho mercantil y nos ocuparemos de las demás.

836. *Insolvencia.* Es el estado en que se encuentra el deudor, no comerciante, cuyo activo no basta para cubrir su pasivo aparente [Giorgi, t. IV, núm. 409 *a*; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 1012; Demolombe, t. II, núm. 666; Laurent, t. XVII, núm. 196].

Manresa, refiriéndose a la situación de insolvencia del deudor explica que no podrá alegarla "quien con él contrató, cuando ya en ella se hallaba constituido, porque la ley exige que tal situación sobrevenga, que sea un hecho nuevo posterior a la obligación" [t. VIII, págs. 166-167].

A menos que las partes estén de acuerdo para reconocer la caducidad del término, es necesario que ésta sea demandada por el acreedor y decidida por el juez; desde este momento la deuda es exigible [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 1013; Laurent, t. XVIII, núm. 414].



837. *Disminución de garantías.* Al precepto del código de 1884 es aplicable el comentario de García Goyena al artículo 1048 del proyecto de código español, que dice: "Seguridades. En este caso el deudor se hace indigno del beneficio, porque falta a la buena fe, alma de los contratos... Actos propios. Estos sólo son imputables al deudor: de consiguiente, conservará el beneficio del plazo si la disminución de las seguridades procede de fuerza mayor, como si en el caso propuesto el bosque fue incendiado por un rayo" [t. III, pág. 86].

En orden al precepto del código de 1928 es pertinente citar el comentario de Manresa al párrafo tercero del artículo 1129 del código español, a saber: "Es de notar, ante todo, la diferencia que resulta según que el menoscabo de las garantías sea imputable al deudor o proceda de caso fortuito; si sucede lo primero, basta con que aquéllas se disminuyan; si pasa lo segundo, se necesita que tales garantías desaparezcan. Esta diferencia tiene un evidente fundamento de justicia; pero entendemos que no cabe extremarla tanto, que se interprete la desaparición, entendiéndola como absoluta, porque cuando aun sin serlo y subsistiendo la cosa en que radica la garantía, aquélla queda tan deteriorada que ésta se convierte en ilusoria, debe estimarse desaparecida la garantía, que es lo útil para el acreedor, y ya que existe para éste el peligro, que se trata de evitar, debe considerársele autorizado para el ejercicio de sus acciones" [t. VIII, pág. 167].

838. *Falta de otorgamiento de garantías.* A este respecto transcribiremos el comentario de Manresa al segundo inciso del artículo 1129 del código español, del que procede el artículo 1959 de nuestro código de 1928. Dice Manresa: "En el segundo de los casos que el artículo comprende no hay la salvedad expresa de que el deudor podrá conservar los beneficios del plazo constituyendo las garantías que había dejado de establecer; pero entendemos que así podrá hacerlo, puesto que un recurso análogo le queda en los demás casos, incluso en el que por actos suyos hubiese disminuido las garantías constituidas, hecho, indudablemente, más grave que el de no constituir a tiempo las ofrecidas, y en el que no debe tener más consideraciones que en este otro" [t. VIII, pág. 167].

Desde el punto de vista de la caducidad del término, el hecho del deudor de no suministrar las seguridades especiales que ha prometido al acreedor debe ser asimilado a la disminución de las que ha dado a este último por el contrato [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 1018; Colin et Capitant, t. II, núm. 403, párrafo final; Planiol, t. II, núm. 368, último párrafo; Laurent, t. XVII, núm. 204; Josserand, t. II, núm. 735; Demolombe, t. II, núm. 677]. Así pues, debe considerarse como si existiera en el artículo 1361 del código de 1884 el segundo inciso del artículo 1959 del código de 1928 y el comentario de Manresa que hemos expuesto es

aplicable al primero de dichos códigos [véase Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 1020].

## SECCION 4ª TRES ESPECIES DE PLAZO SUSPENSIVO

839. *Plazo voluntario.* Es el que se establece por la voluntad de los que celebran un contrato o un convenio (plazo convencional) o por la voluntad del autor de un acto unilateral creador de la obligación [véase Planiol, t. II, núm. 349; Josserand, t. II, núm. 722].

Este plazo ordinariamente es expreso [Planiol, t. II, núm. 349]. Ejemplo: en un contrato de mutuo se fija la fecha en la que deberá pagar el mutuatario.

Pero puede ser tácito. Así es cuando una obligación no es susceptible por su naturaleza, de una ejecución inmediata: entonces está afectado de un plazo implícito [Josserand, t. II, núm. 722]. Ejemplos: si un industrial se obliga a fabricar para un comerciante ciertos muebles, aun cuando no se haya fijado el plazo para la entrega de esos muebles, tácitamente existe el plazo consistente en el tiempo necesario para que el primero pueda elaborarlos. Si un médico, que vive en México, se obliga a prestar sus servicios a un enfermo que se encuentra en Veracruz, quedará entendido tácitamente que no queda obligado a prestar desde luego sus servicios profesionales, sino después del tiempo necesario para trasladarse a Veracruz y allí atender al enfermo. El plazo tácito está previsto en los artículos 1517 del código de 1884 y 2080 del código de 1928, preceptos que estudiaremos al tratar del cumplimiento de las obligaciones.

840. *Plazo legal.* Es el establecido por la ley. A esta especie pertenecen los plazos establecidos en México por las leyes llamadas de moratoria, de las cuales nos ocuparemos al tratar del pago de las obligaciones que tienen por objeto el dinero [véanse núms. 894 y siguientes de este libro].

841. *Plazo judicial.* El artículo 404 del código de procedimientos civiles impone al juez la obligación de otorgar en la sentencia un plazo de gracia al deudor, cuando el acreedor está asegurado, como se especifica en ese artículo.

Ni en nuestros códigos civiles, ni en el código anterior de procedimientos civiles, se encuentra aceptado el término de gracia.

En los contratos mercantiles no se reconocen términos de gracia [artículo 84 del código de comercio].



## CAPÍTULO SEGUNDO

### *Plazo extintivo*

842. *Noción.* Plazo extintivo es el que limita la duración de la obligación [Demolombe, t. II, núm. 569].

843. *Estado anterior a la llegada del plazo.* La obligación nace como si la modalidad del plazo no existiera: produce inmediatamente todos sus efectos [V. Planiol, t. I, núm. 323].

844. *Efecto del cumplimiento del plazo.* A la llegada del plazo extintivo, la obligación termina, cesa de producir sus efectos, pero para lo porvenir solamente; los que había producido hasta entonces quedan adquiridos. Es que el plazo se produce sin retroactividad [V. Demolombe, t. II, núm. 467; Planiol, t. I, núms. 316 et 324]. Ejemplo: Se celebra un contrato de arrendamiento por el término de un año; al vencimiento de este plazo cesa la obligación del arrendador de garantizar al arrendatario el uso o goce de la cosa.

## *LIBRO CUARTO*

# *LOS EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES*

## PRIMERA PARTE

## EL CUMPLIMIENTO

845. *Idea general.* El primer efecto de la obligación es que el deudor debe ejecutarla y el acreedor puede exigirle su ejecución [Hernardt, t. II, números 1437 et 1439].

### TÍTULO PRIMERO

### EL PAGO

846. *Tabla A*

C. a. 1438.—C. v. 2016.
" " 1514.—G. 1087.—C. v. 2062.
" " 1515.—G. 1089.—C. N. 1243.—C. v. 2012.
" " 1516.—C. P. 739.—C. v. 2079.
" " 1517.—C. P. 743.—C. v. 2080.
" " 1518.—C. P. 743, párrafo único.
" " 1520.—Véase C. N. 1247 y G. 1091.—C. v. 2082.
" " 1521.—C. v. 2082.
" " 1522.—C. N. 1605.
" " 1523.—C. v. 2085.
" " 1524.—C. v. 2086.
" " 1525.—G. 1093 y 1094.—C. N. 1244.—C. v. 2078.
" " 1526.—G. 1097.—C. v. 2089.
" " 1527.—G. 1098.—C. N. 1238.—C. v. 2087.
" " 1528.—G. 1098.—C. N. 1238.—C. v. 2087.
" " 1529.—C. P. 747.—G. 1099.—C. N. 1236.—C. v. 2065.
" " 1530.—G. 1099.—C. v. 2066.
" " 1531.—G. 1099.—C. v. 2067.
" " 1532.—C. v. 2068.



" " 1533.—G. 1099, comentario C. v. 2069.
" " 1534.—G. 1099.—C. v. 2070.
" " 1535.—G. 1099.—C. v. 2071.
" " 1536.—C. P. 747, párrafo único, C. v. 2072.
" " 1537.—C. v. 2073.
" " 1538.—C. N. 1237.—G. 1100.—C. v. 2064.
" " 1539.—G. 1102.—C. N. 1241.—C. v. 2075.
" " 1540.—C. N. 1239.—G. 1101.
" " 1541.—C. P. 749.—C. v. 2074.
" " 1542.—G. 1103.—C. N. 1242.—C. v. 2077.
" "

847. *Tabla B*

C. v. 2012.—C. a. 1515.
" " 2013.—C. B. 864.
" " 2016.—C. a. 1438.
" " 2062.—C. a. 1514.
" " 2063.—C. E. 1175.
" " 2064.—C. a. 1538.
" " 2065.—C. a. 1539.
" " 2066.—C. a. 1530.
" " 2067.—C. a. 1531.
" " 2068.—C. a. 1532.
" " 2069.—C. a. 1533.
" " 2070.—C. a. 1534.
" " 2071.—C. E. 1158, parte 3ª—C. a. 1535.
" " 2072.—C. Arg. 729.—C. a. 1536.
" " 2073.—C. a. 1537.
" " 2074.—C. a. 1541.
" " 2075.—C. E. 1163.—C. a. 1539.
" " 2076.—C. E. 1164.—C. N. 1240.
" " 2077.—C. a. 1542.
" " 2078.—C. E. 1169.—C. a. 1525 y 1452.
" " 2079.—C. a. 1516.
" " 2080.—C. com. 360.—C. a. 1517 y 1425.
" " 2081.—C. Arg. 755.
" " 2082.—C. B. 950.—C. a. 1520 y 1521.
" " 2083.—C. B. 951.
" " 2084.—C. Arg. 749.
" " 2085.—C. O. 74.—C. a. 1523.
" " 2086.—C. a. 1524.
" " 2087.—C. a. 1527 y 1528.
" " 2088.—C. B. 939.
" " 2089.—C. B. 943.—C. a. 1526.
" " 2090.—C. B. 944.

" " 2091.—C. B. 945.—C. a. 1650.
" " 2092.—C. a. 1454.
" " 2093.—C. a. 1455.
" " 2094.—C. a. 1456.

848. BIBLIOGRAFIA. García Goyena: *Comentarios a los artículos relativos citados en la tabla A;* Planiol, t. II, núms. 400-445; Planiol, Ripert, Esmein, Radouant et Gabolde, t. VII, núms. 1149-1206; 1214-1218; Colin et Capitant, t. II, núms. 281-309; Hémard, t. II, núms. 1450-1486; Josserand, t. II, núms. 834-836, 842-863, 870-875; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núms. 1384- 1515, 1578, 1594; Laurent, t. XVII, núms. 476-631; Cunha Gonçalves, t. IV, y Díaz Ferreira: *Comentarios a los artículos del Código portugués citados en la tabla A;* Giorgi, t. VII, núms. 8-155; Manresa, t. VIII: *Comentarios a los artículos del código español citados en la tabla B;* Valverde, t. III, págs. 152, 158; Diego, t. IV, págs. 29-42; Bevilaqua, párrafos 33, 33A y 34; Colmo: *Obligaciones*, t. I, núms. 552-558, 598-599 y 625; Salvat: *Obligaciones en general*, núms. 1073, 1204 y 1229-1232; Lafaille: *Curso de obligaciones*, t. I, números 418-479.

## CAPÍTULO PRIMERO

## *El pago en general*

### SECCION 1ª IDEAS PRELIMINARES

849. *En qué consiste el pago.* Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido [arts. 1514 del código de 1884 y 2062 del código de 1928]. También podemos decir que pago es la ejecución efectiva de la obligación [Planiol, t. II, núm. 400].

850. *Lugar propio de la materia.* El pago es también un modo de extinción de la obligación y bajo este título lo considera el código de 1884 [arts. 1514 y sigs.]. Es más natural ocuparse del pago a propósito del cumplimiento de las obligaciones, para fijar sus condiciones como lo hace el código de 1928 [arts. 2062 y sigs.] a imitación del código (suizo) de las obligaciones [arts. 68 y sigs.], pues la extinción de la obligación no es sino el efecto del pago [Hémard, t. II, núm. 1452 y Polacco, t. I, números 55 y 56].

### SECCION 2ª QUE DEBE PAGARSE

851. *El objeto del pago.* "El pago debe tener por objeto la cosa misma que era el objeto de la obligación" [Planiol, t. II, núm. 418]. "El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aunque fuere de igual o mayor valor que la debida" [art. 1515 del código de 1884], o en otros términos "el acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra aun cuando sea de mayor valor" [art. 2012 del código de 1928].



852. *La entrega de los inmuebles.* Se entiende hecha por la entrega del título traslativo correspondiente, según el artículo 1522 del código de 1884. Este artículo sustancialmente concuerda con el artículo 1605 del código Napoleón que dice: "la obligación de entregar los inmuebles se cumple por parte del vendedor cuando. ha entregado los títulos de propiedad". Laurent comenta este precepto en los términos siguientes: "La entrega... de los títulos... puede... ser suficiente si da al comprador la libre posesión de la cosa; es ésta la esencia de la tradición, los hechos que la ley enumera no son sino medios de alcanzar el fin. Estos medios pueden no ser suficientes; en este caso no habrá entrega, aunque los títulos... hayan sido entregados al comprador. La Corte de Bruselas lo ha juzgado así en el caso siguiente. Unos inmuebles son puestos en venta pública. Cuando los adjudicatarios quieren ponerse en posesión, encuentran los bienes ocupados por un tercero que rehusa abandonar la posesión de ellos... En realidad, no había entrega, porque para que haya entrega es necesario que la cosa se ponga bajo el poder y en posesión del acreedor; la entrega de los títulos no opera, pues, entrega a no ser que le dé al comprador este poder y esta posesión. Es así como Domat explica la entrega" [t. XXIV, núm. 161. En el mismo sentido puede verse el Anuario de legislación y jurisprudencia, tomo XXIII, pág. 546].

853. *Cómo debe hacerse el pago.* El pago deberá hacerse del modo que se hubiere pactado [arts. 1525 del código de 1884 y 2078 del código de 1928].

En el caso de enajenación de alguna especie indeterminada, si no se designa la calidad de la cosa, el deudor cumple entregando una de mediana calidad [arts. 1438 del código de 1884 y 2016 del código de 1928].

"La obligación de dar cosa cierta comprende también la de entregar sus accesorios; salvo que lo contrario resulte del título de la obligación o de las circunstancias del caso" [art. 2013 del código de 1928].

### SECCION 3ª INDIVISIBILIDAD DEL PAGO

854. *Textos legales.* El pago nunca podrá hacerse parcialmente sino en virtud de convenio expreso o de disposición de la ley [art. 1525 del código de 1884 y 2078 del código de 1928].

"Sin embargo, cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda" [art. 2078 del código de 1928. En el mismo sentido puede verse el código de 1884, art. 1452].

855. *Motivos de la indivisibilidad.* "Pothier daba de ellos esta razón: que uno tiene interés en recibir a la vez una gruesa suma con la cual hace sus negocios, más bien que varias sumas pequeñas en diferentes tiempos, cuyo empleo es difícil y que se gastan imperceptiblemente a medida que se le recibe. Por otra parte, el contrato no ha dado al acreedor un derecho parcial y fragmentado, sino un crédito único, en la ejecución total del cual debe poder contar" [Planiol, t. II, núm. 433].

856. *Aplicaciones.* "Si se deben un capital e intereses, el acreedor puede no admitir el pago del capital cuando el deudor no le ofrece al mismo tiempo los intereses; éstos son el accesorio de su crédito y deben ser tratados como el capital mismo. Al contrario, si se trata de una deuda fraccionada en anualidades, cada una de estas anualidades constituye el objeto de una deuda distinta y puede ser pagada separadamente. Esto se debe a que la ley no establece vínculo entre las diferentes deudas de un mismo deudor, sino solamente la indivisibilidad de cada deuda" [Planiol, t. II, núm. 434].

857. *Excepciones.* El pago podrá hacerse parcialmente en virtud de convenio expreso o de disposición de ley [arts. 1525 del código de 1884 y 2078 del código de 1928; véase el núm. 854 de este tomo; Planiol, t. II, número 435].

## SECCION 4ª TIEMPO DEL PAGO

858. *Código de 1884.* "Artículo 1516. El pago se hará en el tiempo designado en el contrato, exceptuando aquellos casos en que la ley permita o prevenga expresamente otra cosa." "Artículo 1517. Si no se hubiere determinado el tiempo en que debe hacerse el pago, se hará éste cuando el acreedor lo exija, siempre que haya transcurrido el que sea moralmente necesario para el cumplimiento del contrato." "Artículo 1518. El acreedor no puede exigir el pago que haya dejado a la posibilidad del deudor, sino probando ésta." "Artículo 1519. La espera concedida al deudor, en juicio o fuera de él, no obliga más que al acreedor que la otorga. El que la niega, puede hacer valer su derecho conforme a las leyes."

859. *Código de 1928.* "Artículo 2079. El pago se hará en el tiempo designado en el contrato, exceptuando aquellos casos en que la ley permita o prevenga expresamente otra cosa." "Artículo 2080. Si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos. Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación" [véase Código de Procedimientos Civiles, art. 259, frac. IV]. "Artículo 2081. Si el deudor quisiere hacer pagos anticipados y el acreedor recibirlos, no podrá éste ser obligado a hacer descuentos."



"Artículo 2088. El deudor que paga tiene derecho de exigir el documento que acredite el pago y puede detener éste mientras que no lo sea entregado."

## SECCION 5ª LUGAR DEL PAGO

860. *Código de 1884.* "Artículo 1520. En todo contrato se designará expresamente el lugar en donde el deudor debe ser requerido para el pago. Si no se designare el lugar, se observará el orden siguiente: I. Si el objeto de la obligación es un mueble determinado, el pago se hará en el lugar en que el objeto se hallaba al celebrarse el contrato. II. En cualquier otro caso preferirá el domicilio del deudor. [V. Ripert y Bulanger, t. II, núm. 1577], sea cual fuere la acción que se ejercite. III. A falta de domicilio fijo, preferirá el lugar donde se celebró el contrato, cuando la acción sea personal, y el de la ubicación de los bienes, cuando la acción sea real." "Artículo 1521. Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior, los casos en que la ley establezca otra cosa."

861. *Código de 1928.* "Artículo 2082. Por regla general el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, salvo que las partes convinieran otra cosa, o que lo contrario se desprenda de las circunstancias, de la naturaleza de la obligación o de la ley. Si se han designado varios lugares para hacer el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos." "Artículo 2083. Si el pago consiste en la tradición de un inmueble o en prestaciones relativas al inmueble, deberá hacerse en el lugar donde éste se encuentre." "Artículo 2084. Si el pago consistiere en una suma de dinero como precio de alguna cosa enajenada por el acreedor, deberá ser hecho en el lugar en que se entregó la cosa, salvo que se designe otro lugar."

## SECCION 6ª GASTOS DEL PAGO

862. *Los gastos de entrega.* "Los gastos de la entrega serán de cuenta del deudor, si no se hubiere estipulado otra cosa" [art. 1524 del código de 1884 y 2086 del código de 1928].

863. *Gastos por cambio de domicilio.* El código de 1884 en su artículo 1523 decide que "El deudor que, después de celebrado el contrato mudare voluntariamente de domicilio, deberá indemnizar al acreedor de los mayores gastos que haga por esa causa". El código de 1928 en su artículo 2085 reproduce el artículo preinserto, agregando las palabras "para obtener el pago" y además añade: "De la misma manera, el acreedor debe

indemnizar al deudor cuando debiendo hacerse el pago en el domicilio de aquél, cambia voluntariamente de domicilio."

## SECCION 7ª IMPUTACION DE LOS PAGOS

864. *El problema.* "Si un deudor está obligado hacia la misma persona por varias deudas que tengan por objeto cosas de la misma naturaleza, por ejemplo dinero, y si entrega al acreedor una suma insuficiente para extinguir todas esas deudas, se debe uno preguntar a cuál de ellas se imputará el pago hecho, es decir, determinar la deuda que deberá considerarse extinguida de preferencia a las otras. La imputación puede ser hecha por el deudor... por la ley" [Planiol, t. II, núm. 441].

865. *Imputación por el deudor.* La ley concede al deudor en primer lugar el derecho de hacer la imputación [Planiol, t. II, número 442]. En efecto, los artículos 1454 del código de 1884 y 2092 del código de 1928 se expresan así: "El que tuviere contra sí varias deudas en favor de un solo acreedor, podrá declarar, al tiempo de hacer el pago, a cuál de ellas quiere que éste se aplique." La libertad de elección del deudor sufre algunas restricciones que señalan Colin et Capitant [t. II, núm. 297], a saber: "*a)* El deudor no puede imputar el pago a una deuda cuyo monto es superior a la suma entregada. De otra manera, en efecto, su imputación redundaría en imponer al acreedor un pago parcial" [arts. 1525 del código de 1884 y 2078 del código de 1928]. *b)* "Cuando la intención expresa o tácita de ambas partes en el momento del contrato ha sido que determinada deuda sería pagada antes que otra, el deudor está obligado a conformarse con el orden convenido. Sería así en el caso de dos deudas, una quirografaria, la otra hipotecaria, si las partes al contratar hubieran manifestado su voluntad de que la deuda hipotecaria desapareciese al último" [artículos 1419 del código de 1884 y 1796 del código de 1928]. *c)* "En fin, el derecho de imputación dejado al deudor no debe jamás perjudicar los derechos del acreedor. Así, el deudor no podría imputar su entrega a una deuda no vencida aún, si el término hubiera sido estipulado en favor del acreedor" [arts. 1360 del código de 1884 y 1958 del código de 1928].

866. *Imputación legal.* "Cuando ninguna imputación se ha hecho por el deudor... es aun posible determinar la deuda que se ha encontrado extinguida por el pago. La ley formula a este respecto reglas particulares... Entre las deudas vencidas, se deberá escoger primero a aquellas que son más onerosas para el deudor; por ejemplo, aquellas que son productivas de intereses, y, entre estas últimas, las que están acompañadas de hipotecas que gravan los bienes del deudor... entre estas deudas igualmente onerosas la ley quiere que se extinga primero la más antigua, lo que debe entenderse de la fecha en la cual ha nacido la deuda y no del día en que ha



llegado a ser exigible. En fin, entre deudas igualmente vencidas, igualmente onerosas e igualmente antiguas, la imputación se hace proporcionalmente a todas ellas" [Planiol, t. II, núm. 444]. Los principios expuestos aparecen consagrados por los artículos 1455 del código de 1884 y 2093 del código de 1928. Según los artículos 2094 del código vigente y 1456 del anterior, las cantidades pagadas a cuenta de deudas con intereses no se imputarán al capital mientras hubiere intereses vencidos y no pagados, salvo convenio en contrario.

## SECCION 8ª QUIEN PUEDE HACER EL PAGO

867. *Pago por el deudor.* Los artículos 1529 del código de 1884 y 2065 del código de 1928 dicen que "El pago puede ser hecho por el mismo deudor, por sus representantes..." Comentando estos preceptos podemos decir que "La prestación o el pago debe y puede ser hecho siempre por el propio deudor; es para él un derecho y una obligación. El acto material de pagar puede ser hecho también por un mandatario o representante legal...; pero aun en estos casos es el propio deudor quien paga. Falleciendo el deudor, el derecho y la obligación de pagar pertenece a sus sucesores legítimos o testamentarios..." [Cunha Gonçalves, t. IV, núm. 602, página 713].

868. *Pago por otro interesado.* El artículo 1529 del código de 1884 reconoce que "El pago puede ser hecho... por cualquiera otra persona interesada en el contrato".

Afirma, con razón, Cunha Gonçalves que "en un pago no puede haber una persona absolutamente no interesada. Quien paga una deuda ajena tiene forzosamente algún interés en tal pago, aunque sea un interés puramente moral, como el del padre que paga las deudas del hijo... o del individuo generoso que acude a libertar a un amigo de las garras de un usurero" [lugar citado]. Pero el legislador en el artículo 1529 del código de 1884, con las palabras persona interesada sólo quiso designar a la persona interesada jurídicamente, considerando con este carácter al que está expuesto a ser demandado judicialmente por el acreedor, como es el codeudor, el fiador y el poseedor de la cosa hipotecada y puede justamente conjurar esta eventualidad cumpliendo la obligación [véase en este sentido Cunha Gonçalves, t. IV, núm. 602, págs. 713-715; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núms. 1388-1389; Laurent, t. XVII, núms. 479-480]. De conformidad con esta doctrina, el código de 1928, en su artículo 2065, ha precisado el sentido del artículo 1529 del antiguo código, diciendo que "El pago puede ser hecho... por cualquiera otra persona que tenga interés jurídico en el cumplimiento de la obligación".

869. *Pago por un tercero no interesado.* En este pago, que se refiere al no interesado jurídicamente, hay que distinguir tres hipótesis:

*a)* "Puede también hacerse (el pago) por un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación, que obre con consentimiento expreso o presunto del deudor" [arts. 1530 del código de 1884 y 2066 del código de 1928]. En este caso, se observarán las disposiciones relativas al mandato [arts. 1533 del código de 1884 y 2069 del código de 1928].

*b)* El pago puede hacerse igualmente por un tercero ignorándolo el deudor [arts. 1531 del código de 1884 y 2067 del código de 1928]. A este respecto los códigos de 1884 y de 1928 contienen, respectivamente, las prevenciones que dicen: "Artículo 1534. En el caso del artículo 1531, el que hizo el pago sólo tendrá derecho de reclamar al deudor lo que pagó por él; salvo lo dispuesto en los artículos 1592, 1622 y 1747." "Artículo 2070. En el caso del artículo 2069, el que hizo el pago sólo tendrá derecho de reclamar al deudor la cantidad que hubiere pagado al acreedor, si éste consintió en recibir menor suma que la debida."

*c)* Por último, el pago puede hacerse contra la voluntad del deudor [arts. 1532 del código de 1884 y 2068 del código de 1928]. En este caso, según el artículo 1535 del código de 1884, "el que hizo el pago nada podrá reclamar al deudor" y según el artículo 2071 del código de 1928 "el que hizo el pago solamente tendrá derecho a cobrar del deudor aquello en que le hubiere sido útil el pago".

870. *Regla y excepciones.* El código de 1928 previene que "El acreedor está obligado a aceptar el pago hecho por un tercero" [art. 2072] y el código de 1884, implícitamente reconoce el mismo principio al establecer excepciones, diciendo: "El acreedor no puede ser obligado a recibir de un tercero el pago, si en el contrato hay declaración expresa en contrario o si por aquella prestación se le irroga perjuicio" [art. 1536]. Véase además el párrafo siguiente.

871. *Prestación de servicios.* "La obligación de prestar algún servicio se puede cumplir por un tercero, salvo el caso en que se hubiere establecido, por pacto expreso, que la cumpla personalmente el mismo obligado, o cuando se hubieren elegido sus conocimientos especiales o sus cualidades personales" [arts. 1538 del código de 1884 y 2064 del código de 1928].

872. *Pago translativo de propiedad.* "No es válido el pago hecho con cosa ajena" [art. 1527 del código de 1884 y primera parte del art. 2087 del código de 1928]. Pero si el pago se hubiere hecho con una cantidad de dinero u otra cosa fungible ajena, no habrá repetición contra el acreedor que la haya consumido de buena fe [art. 1528 del código de 1884 y segunda parte del artículo 2087 del código de 1928]. En calidad de comentario a los artículos citados, reproduzco a continuación los conceptos de Baudry-Lacantinerie, relativos al artículo 1238 del código Napoleón, con pequeñas modificaciones, adaptándolos a nuestros códigos. El que paga debe ser propietario de la cosa dada en pago. Si ha pagado una cosa perteneciente a otro, el pago es nulo; porque no siendo propietario de lo que ha



pagado, no ha podido transferirle la propiedad al acreedor. La nulidad del pago, en la hipótesis que nos ocupa, puede ser invocada sea por el acreedor, sea por el deudor. Desde luego, no hay dificultad para que la nulidad pueda ser invocada por el acreedor. Tendrá el derecho de prevalerse de ella para reclamar un nuevo pago; porque aquel que ha recibido no es liberatorio, puesto que es nulo; el deudor queda, pues, obligado. Bien entendido que el acreedor que reclama un segundo pago debe restituir la cosa que ha recibido; porque esta cosa se encuentra sin causa en sus manos. Supongamos que el propietario ha ratificado el pago o que, posteriormente a la entrega, el deudor ha adquirido la propiedad de la cosa entregada por él. En estos dos casos el acreedor no puede ya demandar la anulación del pago. No tendría por otra parte, ningún interés en obtenerla, puesto que el deudor, después de que la cosa le hubiera sido devuelta, podría forzarlo a recibirla de nuevo en pago. La nulidad del pago puede también ser invocada por el deudor. Puede reclamar la cosa que ha pagado, ofreciendo pagar otra en su lugar. Esto resulta muy positivamente de la segunda parte del artículo 2087 del código de 1928 y del artículo 1528 del código de 1884, preceptos que, rehusando a quien ha hecho el pago la acción en repetición en un caso particular, aquel en que la cosa ha sido consumida de buena fe por el acreedor, da muy claramente a entender que puede ejercitarla en los otros casos. El interés de quien ha hecho el pago de obrar en repetición puede ser considerable: obteniendo la restitución de la cosa de otro, que ha pagado, quizá por error, se pone en condición de satisfacer la reclamación del propietario cuando reivindique su cosa y evita así una condenación cierta a indemnizar daños y perjuicios. El acreedor, al contrario, no tiene sino un interés mínimo en escapar a la acción en repetición; porque se le deberá dar una cosa con valor exactamente semejante al de la cosa que se le quita. Este es un primer motivo para conceder la acción en repetición al deudor. Por otra parte, no hay que olvidar que el acreedor tiene, a su vez, el derecho de demandar la nulidad del pago y de exigir otro; ahora bien, ¿convendría dejar al deudor expuesto durante toda la duración del plazo ordinario de la prescripción a esta acción del acreedor? ¿No era más equitativo permitirle liquidar su situación reemplazando el pago nulo que ha hecho por un pago válido? Así lo ha pensado sin duda nuestro legislador. El derecho de repetición que la ley concede al deudor cesa cuando el acreedor ha consumido la cosa de buena fe [parte final del art. 2087 del código de 1928 y del art. 1528 del código de 1884] Evidentemente, el pago hecho por un tercero con la cosa que me pertenece es con relación a mí *res inter alios acta;* conservo, pues, a pesar de ese pago, la propiedad de mi cosa y siendo propietario puedo reivindicarla [Baudry-Lacantinerie, *Précis,* t. II, núms. 253-254; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 1411].

873. *Pago hecho por un incapaz.* Según el código de 1884 no es válido el pago hecho con cosa propia si el deudor no tiene capacidad legal

para disponer de ella [art. 1527]. Si el pago consistiere en una suma de dinero u otra cosa fungible no habrá repetición contra el acreedor que la haya consumido de buena fe [art. 1528].

El código de 1928 no ha reproducido los preceptos anteriores y por lo mismo el pago hecho por un incapaz se rige por las reglas relativas a la nulidad de los actos jurídicos.

## SECCION 9ª A QUIEN DEBE HACERSE EL PAGO

874. *Pago al acreedor.* "El pago debe hacerse al mismo acreedor o a su representante legítimo" [arts. 1537 del código de 1884 y 2073 del código de 1928].

"El pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad." Así es, al tenor de la primera parte del artículo 2075 del código de 1928, que sustancialmente concuerda con el artículo 1539 del código de 1884.

"No será válido el pago hecho al acreedor por el deudor después de habérsele ordenado judicialmente la retención de la deuda" [artículos 1542 del código de 1884 y 2077 del código de 1928].

875. *Pago al poseedor del crédito.* "El pago hecho de buena fe al que estuviese en posesión del crédito liberará al deudor" [artículo 2076 del código de 1928].

Para la inteligencia de este artículo "debe ante todo tenerse en cuenta que la posesión a que se refiere, es la del crédito, no la del documento que lo representa; de suerte que la mera tenencia de éste no basta por lo general, sino que ha de atenderse a la naturaleza del crédito, a las formas de su posible transmisión, a la clase de la que se haya verificado y a la relación más o menos directa que con la obligación, tal como primeramente se contrajo, tiene el poseedor del crédito de cuyo pago se trate. Partiendo de esas bases, y de que la buena fe se presume siempre, serán obstáculos que impedirán tal presunción los que demuestren el conocimiento por el deudor de los vicios de la posesión, y aun cuando su buena fe no pueda contradecirse, no hará eficaz el pago si falta la posesión verdad, v. gr., si ha cometido la ligereza de pagar a quien sólo ostente el documento de un crédito, cuya transmisión necesita, cuando menos, el endoso u otro requisito cuya existencia no conste. Serán casos de aplicación del mismo artículo y consiguiente eficacia del pago: el hecho al acreedor primitivo por un deudor que no conozca la cesión del crédito [véase art. 2040 del código de 1928] ni la incapacidad sobrevenida a aquél; el que se verifique en favor de un cesionario, reconocido como tal, aunque después se declare la rescisión o nulidad de la transmisión, y el que se haga a los que, como herederos, posean la del acreedor. En estos casos, ni puede perjudicar al deudor que aquellos a quienes pague sean luego vencidos en juicio, ni a los que en



éste triunfen quedará otro medio que reclamar al que cobró indebidamente" [Manresa, t. VIII, págs. 274-275].

Planiol, a su vez, enseña que "El poseedor del crédito es, no el que posee el título escrito que comprueba el crédito, sino el acreedor putativo, el que pasa a los ojos de todos por ser acreedor y que no lo es. Esta situación se encuentra realizada en la hipótesis del heredero aparente. Se llama así la persona que de hecho ha recogido una sucesión, porque en el momento de su apertura se ignoraba la existencia de un sucesor más próximo en grado; éste se presenta en seguida y vence al que no era heredero sino en apariencia, ejercitando contra él la petición de herencia. El poseedor despojado de la sucesión, durante más o menos tiempo ha pasado por ser el verdadero heredero; ha tenido de hecho el medio de obligar a los deudores del difunto a pagarle. La ley decide que estos pagos son liberatorios con la única condición de haber sido hechos de buena fe" [Planiol, t. II, número 416].

876. *Pago a un tercero.* "El pago hecho a un tercero no extingue la obligación" [art. 1540 del código de 1884].

Sin embargo, "El pago hecho a un tercero extinguirá la obligación, si así se hubiere estipulado o consentido por el acreedor y en los casos en que la ley lo determine expresamente" [arts. 1541 del código de 1884 y 2074 del código de 1928]. Cunha Gonçalves, refiriéndose al párrafo primero del artículo 749 del código portugués, origen de la primera parte de los nuestros, dice que es probablemente, la *adjectus solutionis causa* del derecho romano [t. IV, número 604, págs. 725-726]. Esta noción ya la conocemos [véase el núm. 515 de este libro] y es la misma de que trata el artículo 1402 del código de 1884, según el cual "cuando un acreedor designa una o más personas para sólo el efecto de que a su nombre reciban el pago, dichos adjuntos tendrán sólo el carácter de mandatarios del acreedor, y sus obligaciones serán las que se expresan en el título del mandato".

Sin embargo, la designación del tercero puede constituir una estipulación a favor de él [véanse los núms. 550-554 de este libro].

Por último, de acuerdo con la segunda parte del artículo 2075 del código de 1928: "También será válido el pago hecho a un tercero en cuanto se hubiere convertido en utilidad del acreedor."

## SECCION 10ª PRESUNCIONES DE PAGO

877. *Deuda de pensiones.* En este caso nuestros códigos establecen presunciones en los términos siguientes: Código de 1884. "Artículo 1526. Cuando la deuda es de pensiones censuales o de cualesquiera otras cantidades que deben satisfacerse en periodos determinados, si se acredita por escrito el pago de las correspondientes a los tres últimos periodos, se presumen pagadas las anteriores; salvo la prueba en contrario." Código de 1928.

"Artículo 2089. Cuando la deuda es de pensiones que deben satisfacerse en periodos determinados, y se acredita por escrito el pago de la última, se presumen pagadas las anteriores, salvo prueba en contrario."

878. *Pago del capital sin hacerse reserva de réditos.* El artículo 2090 del código de 1928 previene que en este caso se presume que los réditos están pagados.

879. *El título en poder del deudor.* Según el código de 1884, artículo 1650: "El deudor en cuyo poder se halla el documento que justifica la obligación, tiene en su favor la presunción de remisión o pago, mientras el acreedor no prueba lo contrario." El Código de 1928, en su artículo 2091, a su vez establece que "La entrega del título hecha al deudor hace presumir el pago de la deuda constante en aquél."

## CAPÍTULO SEGUNDO

## *El pago de deudas de dinero*

880. BIBLIOGRAFIA. OROZCO Y BERRA: *Moneda en México*, Estudio publicado en el Diccionario Universal de Historia y de Geografía, año de 1854, t. V, pág. 907; PLANIOL, t. II, núms. 421-426; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, t. VII, núms. 1158-1651 et 1166-1185; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XIII, núms. 1474-1477; COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 289-296; JOSSERAND, t. II, núms. 852 et 856-860 bis; HÉMARD, t. II, núms. 1459-1464; GIORGI, t. VII, núms. 16-24; POLACCO, núms. 76-79 bis; ROZIE: *L'exécution des obligations et les variations de valeur de la monnaie*; SCHKAFF: *La dépréciation monétaire, ses effets en droit privé*; NUSSBAUM: *Teoría jurídica del dinero*, traducción del alemán y notas por Luis Sancho Seral; NOGARO: *La clause payable en or* (Revue Trimestrielle de Droit Civil, t. XXIV, págs. 5-28); GENY: *La validité juridique de la clause payable en or dans les contrats entre particuliers français en temps de cours forcé* (R. T. de D. C., t. XXV, págs. 557-636); GENY: *Cours legal et cours forcé en matière de monnai et de papier-monnaie* (R. T. de D. C., t. XXVII, págs. 5-26); VOIRIN: *Notes parlemeintaries de droit civil, Influence de la réforme monétaire sur la validité et l'efficacité des clauses-or* (Revue Trimestrielle de Droit Civil, t. XXVII, págs. 767-769); MARIN: *La loi monétaire et les contrats en francs or ou en monnaies étrangeres* (R. T. de D. C., t. XXVII, págs. 853-866); GENY: *Quelques observations sur le rôle et les pouvoirs de l'Etat en matière de monnaie et de papier-monnaie, étude de droit public et de morale sociale* (Extrait des mélanges Maurice Hauriou; FRANCISCO BORJA MARTÍNEZ: *La moneda y el billete de banco de aceptación voluntaria, 1955*).

## SECCION 1ª NOCIONES PRELIMINARES

881. *Las deudas de dinero.* Las obligaciones que tienen por objeto dar dinero, dar monedas, son las más numerosas, las más frecuentes en la práctica.



882. *Las monedas y su liga.* Hay monedas metálicas y monedas de papel.

Nuestras monedas metálicas están constituidas por una mezcla de dos o más metales, que se llama liga. Así, las monedas de oro o de plata contienen principalmente ya uno, ya otro de estos metales preciosos y además un metal de menor valor, que es el cobre. Si sólo tuvieran oro o plata, al usarse, su desgaste sería muy grande y para evitarlo se forman de liga con el cobre.

883. *La ley de la moneda.* La proporción que en una moneda tiene el metal precioso con el otro metal es lo que se llama ley de la moneda. Así, pues, una moneda tiene más ley mientras tiene mayor cantidad de oro o de plata con relación al cobre.

Antiguamente la plata pura (plata de toda ley) se consideraba compuesta de doce dineros y el dinero tenía veinticuatro granos. Entonces la ley de la moneda de plata era de diez dineros veinte granos, es decir, en las doce partes de liga, diez partes y una fracción de veinte veinticuatravos de una parte eran de plata y lo demás era de cobre.

El oro de toda ley se consideraba dividido en veinticuatro quilates y entonces la ley de las monedas de oro era de veintiún quilates, es decir, que estas monedas tenían veintiuna partes de oro puro y tres partes de cobre.

## SECCION 2ª LEGISLACION MONETARIA

884. *Indicación.* En el estudio citado en el número 880 de este libro, don Manuel Orozco y Berra, basándose en unos manuscritos del señor J. Fernando Ramírez, presenta datos muy interesantes sobre la moneda en México desde 1535 hasta 1854. Nosotros no vamos a estudiar todas las leyes monetarias que se han expedido en México; sino que nos concretaremos a hacer menciones someras de las principales de ellas.

885. *La ley de 28 de noviembre de 1867.* El decreto de 15 de marzo de 1861 ordenó que desde el año siguiente se usara el sistema métrico decimal.

En tal virtud, en 28 de noviembre de 1867 se expidió una ley monetaria en la que se estableció dicho sistema con relación a la moneda. Sin cambiarse la ley de las monedas, cambió su modo de expresión, considerándose la liga de las monedas de plata y de oro dividida en mil milésimos. En este sistema se decía que la ley de los pesos de plata era de novecientos dos milésimos, siete décimos de milésimo, es decir, que en las 1000 partes de la moneda había 902.7 de plata y el resto de cobre. En las monedas de oro la ley era de ochocientos setenta y cinco milésimos, es decir, que en ellas había 875 partes de oro por 125 partes de cobre.

Hay que observar que en esta época las monedas de plata y de oro que tenían el mismo valor nominal, tenían también igual valor de cambio; la cantidad de plata que tenía un peso de plata equivalía efectivamente, en valor de cambio, a la cantidad de oro que tenía un peso de oro, y por esta razón ambos pesos circulaban a la par.

886. *Los antiguos códigos civiles.* El código de 1870 contiene los preceptos que fueron reproducidos por el código de 1884 en los artículos que dicen: "Artículo 1453. Las prestaciones en dinero se harán en la especie de moneda convenida, y si esto no fuere posible, en la cantidad de moneda corriente que corresponda al valor real de la moneda debida." "Artículo 2690. Cuando el préstamo se hace en dinero y en determinada especie de moneda, el mutuatario debe pagar en la misma especie recibida, sea cual fuere el valor que ésta tenga en el momento de hacerse el pago. Si no puede pagar en la misma especie, debe entregar la cantidad de moneda corriente que corresponda al valor de la especie recibida." Como se ve, la teoría consagrada por estos códigos consistía: 1º En el exacto cumplimiento de lo pactado. En consecuencia, el que había recibido pesos del cuño de 902.7 de ley, tenía la obligación de devolver pesos de esos sin poder pagar con otra moneda; 2º Pero si la moneda hubiera cambiado, entonces el deudor estaba obligado a pagar con la cantidad de moneda corriente que correspondiera al valor real de la moneda recibida. Así, pues, si dejare de haber pesos de los mencionados y en su lugar circularen pesos que sólo tuvieren la mitad de la cantidad de plata que tenían los pesos antiguos, la deuda debía solventarse entregando dos pesos de los nuevos por uno de los recibidos.

887. *La Ley de 25 de marzo de 1905.* En el periodo de 1867 a 1905 la plata sufrió una serie de depreciaciones, alterándose considerablemente la antigua relación entre la plata y el oro, por lo que en el último año citado sólo circulaban las monedas de plata.

Para que el valor legal de las monedas de oro y de plata estuvieran en consonancia con su valor de cambio, la Ley de 25 de marzo de 1905 estableció lo siguiente:

"Art. 1º La unidad teórica del sistema monetario de los Estados Unidos Mexicanos está representada por setenta y cinco centigramos de oro puro y se denomina: 'peso'. El 'peso' de plata que se ha acuñado hasta hoy con veinticuatro gramos cuatro mil trescientos ochenta y ocho diezmilígramos de plata pura (gramos 24,4388), tendrá en las condiciones prevenidas por esta ley, un valor legal equivalente a los expresados setenta y cinco centigramos de oro puro."

"Art. 2º El 'peso' se divide en cien centavos; y las monedas que se fabriquen representarán los valores que a continuación se expresan:



| | |
|---|---|
| *Monedas de oro* ..... | Diez pesos.<br>Cinco pesos. |
| *Monedas de plata* ..... | Un peso.<br>Cincuenta centavos.<br>Veinte centavos.<br>Diez centavos. |
| *Monedas de níquel* ..... | Cinco centavos. |
| *Monedas de bronce* ..... | Dos centavos.<br>Un centavo. |

"Art. 3º La liga de las monedas de oro será de novecientos milésimos (0.900) de oro fino y de cien milésimos (0.100) de cobre. La de las monedas de plata será: para las piezas de valor de un peso, de nueve mil veintisiete diezmilésimos (0.9027) de plata pura y de novecientos setenta y tres diezmilésimos (0.973) de cobre; y para las piezas de menor valor, de ochocientos milésimos (0.800) de plata y doscientos milésimos (0.200) de cobre. La liga de las monedas de bronce será de noventa y cinco partes de cobre, cuatro de estaño y una de zinc. La moneda de cinco centavos se fabricará de níquel comercialmente puro."

En la ley de la que nos estamos ocupando se cambió el principio adoptado en nuestros antiguos códigos civiles, como puede verse en los artículos de esa ley, que transcribimos a continuación:

"Art. 20. La obligación de pagar cualquiera suma en moneda mexicana, se solventa entregando monedas del cuño corriente por el valor que representan. Por tanto, las oficinas públicas de la Federación y de los Estados, así como los establecimientos, compañías y particulares, están obligados a admitir dichas monedas en pago de lo que se les deba, sin más limitaciones que las que expresa el artículo siguiente.

"Art. 21. Las monedas de oro de cualquier valor y las de plata de valor de un peso tienen poder liberatorio ilimitado. En cuanto a las otras monedas de plata, a la de níquel y a las de bronce, sólo es obligatoria su admisión en un mismo pago, en cantidad no mayor de veinte pesos para las monedas de plata, ni de un peso para la de níquel y las de bronce.

"Art. 22. La moneda extranjera no tiene curso legal en la República, salvo los casos en que la ley determine expresamente otra cosa. Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República para ser cumplidas en ésta, se solventan entregando el equivalente en moneda nacional, al tipo de cambio vigente en el lugar y fecha en que deba hacerse el pago.

"Art. 23. Las prevenciones de los tres artículos anteriores no son renunciables. En consecuencia, toda estipulación en contrario será nula de

pleno derecho, quedando derogados los artículos 1453 y 2690 del Código Civil del Distrito Federal."

Hay que hacer notar que cuando se expidió la ley monetaria de 1905 y durante los años siguientes del gobierno del general don Porfirio Díaz, las transacciones, exceptuando las de menor cuantía, se hacían más bien con billetes de banco. Estos billetes gozaban de gran crédito y todo el mundo los recibía y aun los prefería a las monedas de plata; se tenía plena confianza en que al presentarse el billete al Banco éste pagaría su valor en moneda.

888. *Régimen de papel moneda.* Derrocado el presidente Madero, el general Victoriano Huerta, en abril de 1913, concedió a los bancos la franquicia de que sus billetes tuvieran curso forzoso, convirtiéndose éstos de instrumento de crédito en papel moneda.

Por otra parte, en el mismo año y en los posteriores, el Ejército Constitucionalista, el Ejército Villista y el gobierno de don Venustiano Carranza emitieron diversas clases de papel moneda cuya admisión era forzosa en los pagos; entonces nos encontramos en plena circulación de papel moneda, habiendo desaparecido la moneda metálica por efecto de la ley de Gresham. A medida que se emitía más papel moneda bajaba más el valor de cambio de él y, sin embargo, los acreedores estaban obligados a recibir el papel moneda, a la par, en pago de cantidades recibidas por los deudores en monedas de plata de las de 902.7 de ley. A fines de 1916, época en la que el papel moneda se cotizaba a razón de medio centavo por un peso de plata, todo el mundo rechazó ese papel restableciéndose la circulación de las monedas metálicas.

889. *Leyes con base de moneda metálica.* Decreto de 27 de junio de 1917. Se crea una moneda de oro llamada azteca con valor de veinte pesos, ley de 900 milésimos y conteniendo quince gramos de oro puro.

Decreto de 14 de mayo de 1918. Se declara moneda de curso legal, con poder liberatorio ilimitado a toda clase de moneda metálica de oro extranjera.

Decreto de 31 de octubre de 1918. Se crean monedas de oro con valor de $ 2.50 y de $ 2.00.

Decreto de 13 de noviembre de 1918. Se establece el monometalismo oro. La unidad teórica del sistema monetario sigue siendo, aunque exclusivamente, el peso de oro con 75 centigramos de oro puro. El peso de plata antiguo ya no será moneda legal. Serán consideradas como fraccionarias de las de oro las monedas de plata de un peso con 14½ gramos de plata pura y otras de menor valor, teniendo todas las de plata poder liberatorio en un mismo pago hasta $ 20.00.

Decreto de 27 de octubre de 1919. Se establecen nuevas monedas de plata, todas como fraccionarias, teniendo las de un peso 12 gramos de plata pura, es decir, menos de la mitad de lo que tenían los pesos de la ley de



25 de marzo de 1905. El nuevo peso sólo tendrá poder liberatorio hasta $20.00, en un pago.

Decreto de 6 de junio de 1921. Queda prohibida la circulación de moneda extranjera que no sea de oro.

Decreto de 14 de septiembre de 1921. Se establece el centenario de oro, moneda de cincuenta pesos, ley de 900 milésimos con 37 gramos 50 centigramos de oro puro.

Decreto de 22 de septiembre de 1921. Para conmemorar el primer centenario de la consumación de la Independencia, se autoriza la emisión de una moneda de plata de dos pesos con 24 gramos de plata pura, teniendo poder liberatorio hasta $100.00.

890. *Ley de 25 de julio de 1931.* Esta ley contiene los siguientes preceptos: *a)* En el artículo primero se decía que la unidad del sistema monetario era el peso con equivalencia de 75 centigramos de oro puro. *b)* Según los artículos 2° a 7°. Las monedas circulantes eran los billetes del Banco de México, de circulación voluntaria; las monedas de plata de un peso del cuño creado por la Ley de 27 de octubre de 1919, con poder liberatorio ilimitado; y monedas fraccionarias de plata y bronce con poder liberatorio limitado. *c)* El artículo primero transitorio decía: "Desde la fecha en que entre en vigor la presente Ley se suspenderá indefinidamente la acuñación de monedas nacionales de oro, quedando privadas de todo poder liberatorio legal, las monedas de oro de dos, dos cincuenta, cinco, diez, veinte y cincuenta pesos de los cuños establecidos por las leyes de 25 de marzo de 1905, de 27 de junio de 1917, de 31 de octubre de 1918 y de 14 de septiembre de 1921."

890 *bis. Legislación vigente.* Está constituida por la Ley de 25 de julio de 1931 con sus reformas. Los artículos vigentes que se refieren a pagos, son como sigue:

"Art. 1o. La unidad del sistema monetario de los Estados Unidos Mexicanos es el "peso", con la equivalencia que por la ley se señalará posteriormente".

"Art. 2o. Las únicas monedas circulantes, serán: *a)* Los billetes del Banco de México, con las denominaciones que fijen sus estatutos; *b)* Las monedas metálicas de cincuenta, veinte, diez, cinco, dos y un pesos y de cincuenta, veinte, diez y cinco centavos, con los diámetros, composición metálica, cuños y demás características que señalen los decretos relativos. —Cuando los decretos relativos prevean aleaciones opcionales para la composición de las monedas metálicas, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a propuesta del Banco de México, determinará su composición metálica señalando alguna de las aleaciones establecidas en el decreto respectivo o sustituyendo la así señalada por otra de ellas.—La Secretaría de Hacienda y Crédito Público publicará en el *Diario Oficial* de la Federación las resoluciones en las que se determine la aleación que se utilizará en la composición metálica de las monedas de que se trata.— *c)* Las monedas metálicas conmemorativas de acontecimientos de importancia nacional en platino, en oro, en plata o en metales industriales, con los diámetros, leyes o composiciones metálicas, pesos, cuños y demás características que señalen los decretos relativos".

"Art. 2o. *bis.* También formarán parte del sistema las monedas metálicas acuñadas en platino, en oro y en plata, cuyo peso, cuño, ley y demás características señalen los decretos relativos".

"Estas monedas: I. Gozarán de curso legal por el equivalente en pesos de su cotización diaria; II. No tendrán valor nominal; III. Expresarán su contenido de metal fino, y IV. Tendrán poder liberatorio referido exclusivamente al pago de las obligaciones mencionadas en el segundo párrafo del artículo 7o. Dicho poder liberatorio será ilimitado en cuanto al número de piezas a entregar en un mismo pago.

El Banco de México determinará diariamente la cotización de estas monedas, con base en el precio internacional del metal fino contenido en ellas.

"Art. 3o. Los pagos en efectivo de obligaciones en moneda nacional cuyo importe comprenda fracciones de la unidad monetaria que no sean múltiplos de cinco centavos, se efectuarán ajustando el monto del pago, al múltiplo de cinco centavos más próximo a dicho importe".

Los pagos cuya realización no implique entrega de efectivo se efectuarán por el monto exacto de la obligación".

"Art. 4o. Los billetes del Banco de México tendrán poder liberatorio ilimitado".

"Art. 5o. Las monedas metálicas a que se refieren los incisos *b)* y siguientes del artículo 2o. de esta Ley, tendrán poder liberatorio limitado al valor de cien piezas de cada denominación en un mismo pago."

"Art. 6o. Las oficinas públicas de la Federación, de los Estados y de los municipios estarán obligados a recibir las monedas a que se refiere el artículo que antecede sin limitación alguna, en pago de toda clase de impuestos, servicios o derechos".

"Art. 7o. Las obligaciones de pago de cualquier suma en moneda mexicana se denominarán invariablemente en pesos y, en su caso, sus fracciones. Dichas obligaciones se solventarán mediante la entrega, por su valor nominal, de billetes del Banco de México o monedas metálicas de las señaladas en el artículo 2o.

No obstante, si el deudor demuestra que recibió del acreedor monedas de las mencionadas en el artículo 2o. *bis*, podrá solventar su obligación entregando monedas de esa misma clase conforme a la cotización de éstas para el día en que se haga el pago".

"Art. 8o. La moneda extranjera no tendrá curso legal en la República, salvo en los casos en que la ley expresamente determine otra cosa. Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República, para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago.

Este tipo de cambio se determinará conforme a las disposiciones que para esos efectos expida el Banco de México en los términos de su Ley Orgánica.

Los pagos en moneda extranjera originados en situaciones o transferencias de fondos desde el exterior, que se lleven a cabo a través del Banco de México o de instituciones de crédito, deberán ser cumplidos entregando la moneda objeto de dicha transferencia o situación. Ello sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones que imponga el régimen de control de cambios en vigor.

Las obligaciones a que se refiere el primer párrafo de este artículo, originadas en depósitos bancarios irregulares constituidos en moneda extranjera, se solventarán conforme a lo previsto en dicho párrafo, a menos que el deudor se haya obligado en forma expresa a efectuar el pago precisamente en moneda extranjera,



en cuyo caso deberá entregar esta moneda. Esta última forma de pago sólo podrá establecerse en los casos en que las autoridades bancarias competentes lo autoricen, mediante reglas de carácter general que deberán publicarse en el *Diario Oficial* de la Federación; ello sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones que imponga el régimen de control de cambios en vigor".

"Art. 9o. Las prevenciones de los dos artículos anteriores no son renunciables y toda estipulación en contrario será nula".

"Art. 10. Las piezas perforadas o recortadas, las que tengan marcas o contraseñas y las que presenten vestigios de usos no monetarios, carecerán de curso legal y no serán admitidas en oficinas públicas.

"Nota. El Decreto del Congreso de la Unión sobre las UDIS publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 1o. de abril de 1995 permite que las obligaciones de pago de sumas en moneda nacional pactadas en actos de comercio puedan denominarse en Unidades de Inversión, modificando a ese respecto la prevención contenidas en el Art. 7o. de la ley monetaria conforme a la cual tales obligaciones deben denominarse invariablemente en pesos y en su caso sus fracciones.

Por otra parte, a partir del 1o. de enero de 1993 entró en vigor una nueva unidad del sistema monetario de los Estados Unidos Mexicanos. El Decreto que la establece, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 22 de junio de 1992 señala:

"Art. 1o. Se crea una nueva unidad del sistema monetario de los Estados Unidos Mexicanos, equivalente a mil pesos actuales. La nueva unidad conservará el nombre de "peso" y se dividirá en cien "centavos".

La unidad continuará representándose con el símbolo "$" y los "centavos" se representarán con el símbolo "¢".

"Art. 2o. Las obligaciones en moneda nacional deberán contraerse en la nueva unidad monetaria, en sus múltiplos y, en su caso, submúltiplos".

"Art. 3o. Las obligaciones de pago en moneda nacional se solventarán mediante la entrega, por su valor nominal, de los signos monetarios que representen a la nueva unidad".

Esta prevención es aplicable al pago en moneda nacional de obligaciones contraídas en moneda extranjera".

El Decreto establece un régimen de carácter transitorio aplicable al lapso en que los billetes del Banco de México y las monedas metálicas, representativos de la unidad monetaria que se sustituye, coexistan en la circulación con signos monetarios referidos a la nueva unidad. En ese régimen destacan las disposiciones siguientes:

"Segundo.— Los billetes del Banco de México y las monedas metálicas, representativos de la unidad monetaria que se sustituye en virtud del presente Decreto, podrán emitirse con posterioridad al 1o. de enero de 1993. Tales signos independientemente de las fechas de su colocación en el público, continuarán en la circulación conservando su poder liberatorio, hasta que sean desmonetizados".

"Tercero.— En tanto los billetes del Banco de México y las monedas metálicas referidos en el artículo anterior no hayan sido desmonetizados, los billetes y monedas representativos de la nueva unidad deberán contener la expresión "pesos" o el símbolo "N$".

A partir de la fecha en que los signos monetarios mencionados en primer término hayan sido desmonetizados, se iniciará la circulación de signos representativos de la nueva unidad en cuya denominación no figure la palabra "nuevos" ni su abreviatura "N".

Los signos monetarios metálicos que representen fracciones de la nueva unidad contendrán desde un principio sólo la expresión "centavos" o su símbolo "¢", sin anteponer la palabra "nuevos" o su abreviatura "N".

"Cuarto.—Los precios, salarios y demás prestaciones de carácter laboral, así como las sumas en moneda nacional contenidas en estados financieros u otros documentos contables, o en títulos de crédito y, en general, cualquier otra suma en dicha moneda, deberán expresarse en "nuevos pesos", "centavos" y, en su caso, en fracciones de estos últimos, hasta que los signos monetarios referidos en el segundo transitorio sean desmonetizados.

Se exceptúan de lo previsto en el primer párrafo de este artículo las denominaciones en pesos que contengan antiguas monedas mexicanas acuñadas en metales finos así como monedas de curso legal acuñadas en dichos metales, las cuales podrán continuar expresándose en pesos".

"QUINTO.—A partir del 1o. de enero de 1993 y en tanto los billetes del Banco de México y las monedas metálicas representativos de la unidad monetaria que se sustituye no hayan sido desmonetizados, las obligaciones de pago en moneda nacional deberán indicar que se denominan en la nueva unidad mediante la expresión "nuevos pesos" o el símbolo "N$", en su caso, la expresión "centavos" o el símbolo "c".

A falta de esta indicación, las obligaciones se entenderán contraídas en la nueva unidad monetaria, a menos que cualquiera de las partes demuestre que la intención de éstas fue pactar en la unidad monetaria que se sustituye en virtud del presente "Decreto".

"SEXTO.—Las instituciones de crédito y el Banco de México deberán abstenerse de pagar los cheques expedidos durante el período a que se refiere el artículo anterior, cuyo importe indicado en palabras no vaya seguido de la expresión "nuevos pesos". Dichos cheques serán devueltos a quienes los presenten, previa la inclusión en el propio título de la causa por la que no se paga.

Tratándose de pagarés, notas de venta, fichas de compra u otros documentos que, durante el período referido en el artículo anterior, suscriban usuarios de tarjetas de crédito conforme a los contratos de apertura de crédito en cuenta corriente que originen la expedición de estas tarjetas, el acreditante no deberá cubrir su importe a los proveedores respectivos cuando a la suma expresada en cifras no se anteponga el símbolo "N$" o, de contener la suma a pagar escrita en palabras, ésta no estuviere seguida de la expresión "nuevos pesos".

"SÉPTIMO.—Las obligaciones dinerarias contraídas con anterioridad a la entrada en vigor del presente Decreto se solventarán conforme a lo dispuesto por el artículo 3o. Al efecto, se aplicará la equivalencia establecida en el artículo 1o.".

"OCTAVO.—En tanto los billetes del Banco de México y las monedas metálicas representativos de la unidad monetaria que se sustituye no hayan sido desmonetizados, el pago en moneda nacional de obligaciones contraídas en ésta o en moneda extranjera, independientemente de la fecha en que tales obligaciones se hayan contraído, se solventarán entregando, indistintamente, dichos billetes y monedas o los nuevos signos monetarios. Al efecto, se aplicará la equivalencia establecida en el artículo 1o.".

"NOVENO.—Las expresiones en moneda nacional contenidas en leyes, reglamentos, circulares u otras disposiciones, que hayan entrado en vigor con anterioridad al 1o. de enero de 1993, se entenderán referidas a la unidad monetaria que se sustituye. Al computar, expresar o pagar dichas cantidades en la nueva unidad monetaria, se aplicará la equivalencia establecidas en el Artículo 1o.".

En el *Diario Oficial de la Federación* de 15 de noviembre de 1995 se publicó un aviso del Banco de México por el que se informa que a partir del 1o. de enero de 1996 se suprime la palabra nuevo del nombre de la unidad del sistema monetario de los Estados Unidos Mexicanos para volver a la denominación peso. Sobre el particular el mencionado aviso dice lo siguiente:

A partir de enero de 1996 comenzarán a ponerse en circulación billetes y monedas metálicas denominados en "pesos". Los billetes tendrán el mismo diseño que los que empezaron a circular en octubre de 1994, pero ya no tendrán la palabra "nuevos". Las monedas metálicas tendrán las mismas características que las actuales denominadas en "nuevos pesos", pero ya no tendrán la letra "N" ni, en su caso, la palabra "nuevos". En las monedas fraccionarias no será necesario efectuar ningún cambio, ya que las actuales sólo están expresadas en centavos mediante el símbolo c.

Los billetes y monedas denominados en "nuevos pesos" podrán seguir utilizándose. Los billetes y monedas denominados en "pesos", correspondientes a la unidad monetaria que estuvo en vigor hasta el 31 de diciembre de 1992, podrán canjearse en los bancos por los de la nueva unidad a la equivalencia de mil a uno.

A partir del 1o. de enero de 1996, al expresar cantidades en moneda nacional se dejará de utilizar el adjetivo "nuevos" y su abreviatura "N", para volver a la palabra "pesos" y al símbolo "$". Igualmente al pactar obligaciones en moneda nacional no será necesario utilizar la expresión "nuevos" ni su abreviatura "N". No obstante lo anterior, las obligaciones serán válidas aunque se expresen en "nuevos pesos" y no se requerirá sustituir los contratos en que se hayan pactado cantidades en "nuevos pesos".

En los cheques y en los documentos que suscriban los usuarios de tarjetas de crédito al amparo de los respectivos contratos, a partir del 1o. de enero de 1996 se utilizará únicamente la palabra "pesos" o el símbolo "$". Sin embargo dichos cheques y documentos deberán ser pagados por los bancos aunque tengan la expresión "nuevos pesos" o el símbolo "N$".



## SECCIÓN 3ª CLÁUSULA SOBRE PAGO EN DETERMINADA MONEDA

891. *Cláusula de pago en pesos de plata.* Antiguamente se acostumbraba poner en las escrituras de préstamo hipotecario una cláusula que decía más o menos que el deudor se obligaba pagar en pesos fuertes de plata del cuño corriente mexicano con exclusión de cualquiera otra moneda o papel moneda creada o por crear, aunque por ley fuere forzosa su admisión. Esta cláusula encontraba apoyo en los artículos de nuestros antiguos códigos civiles que hemos dado a conocer en el párrafo 886 de este libro.

Como hemos visto en el núnero 887, la ley monetaria de 1905 adoptó como principio que la obligación de pagar cualquiera suma en moneda mexicana, se solventa entregando monedas del cuño corriente del valor que representan y que toda estipulación en contrario sería nula de pleno derecho. El nuevo principio no causó entonces trastorno alguno porque como sabemos, la ley de 1905 no cambió sensiblemente la ley anterior de los pesos de plata, ni su contenido de plata y las nuevas monedas de oro que creó, tenían un valor nominal equivalente a su valor de cambio con la plata.

La aplicación del nuevo principio produjo grandes injusticias en el tiempo de circulación de papel moneda, en el que los deudores pagaron con moneda depreciada, a la par, lo que habían recibido en buena moneda de plata.

892. *Cláusula de pago en oro.* Cuando desapareció el papel moneda y se restableció la circulación monetaria con las antiguas monedas de oro y de plata, se trató de encontrar un medio que pudiera asegurar a los acreedores, que entonces entregaban monedas de oro o de plata de buena ley, contra futuras eventualidades de verse nuevamente pagados con moneda depreciada. A este efecto, se pensó en usar, especialmente en las escrituras de préstamo con hipoteca, diversas cláusulas, a varias de las cuales vamos a referirnos, redactadas con el propósito de que el objeto del pago fuera no moneda, sino determinada cantidad de oro, considerado éste como mercancía.

Se sugirió que el deudor se obligara a pagar con una o más barras de oro que tuvieran la cantidad de oro puro que tenían las monedas que el mutuante entrega al mutuatario; pero esta cláusula no encontró acogida en los deudores, porque temieron no poder conseguir barras de oro, en la época del pago.

Siguiendo la misma idea se empleó otra cláusula que decía así: "Los pagos de capital e intereses que el mutuatario se obliga a hacer en esta escritura, los efectuará precisamente en oro, entregando setenta y cinco centigramos de oro puro por cada peso debido, pudiendo por consiguiente pagar a la par con monedas que tengan la indicada cantidad de oro, como son los hidalgos, medios hidalgos, aztecas y centenarios, con exclusión de cualquier otra moneda o papel moneda, aunque por ley fuere forzosa su admisión. En el caso de que llegue a correr moneda distinta de la actual, el acreedor tendrá la facultad de exigir que el mutuatario le haga los pagos en dólares, moneda de oro de los Estados Unidos de América, mediante

giros a la vista sobre Nueva York, de un Banco de reconocido crédito de esta ciudad sobre otro de igual carácter de los Estados Unidos de América por la suma que en dólares, moneda de oro de este país, represente el valor de la deuda, considerándose cada dos pesos de ésta equivalente a un dólar."

Ante las disposiciones transitorias de la ley de 1931, desde entonces se prescindió de esas cláusulas por considerarlas ineficaces. En la actualidad a veces se hacen préstamos entregándose dólares y en este caso el deudor deberá pagar con arreglo a lo prescrito en el artículo 8º de la ley vigente.

## SECCION 4ª LEGISLACION DE MORATORIA Y DE PAGOS

### I. Introducción

893. *A qué se refieren estas leyes.* Determinan cuándo y cómo deben pagarse las obligaciones, según la época de su nacimiento, teniendo en cuenta las que se han contraído en tiempo, ya de moneda metálica, ya de papel moneda.

Aquí sólo vamos a exponer lo principal de las leyes generales sobre la materia, prescindiendo de lo secundario y de las leyes particulares.

### II. La moratoria

894. *Ley de 14 de diciembre de 1916.* Cuando el papel moneda sufrió una depreciación, al grado de que todo el mundo lo rechazó, fue indispensable, en vista de que no se podían pagar todas las obligaciones en metálico, expedir la ley citada, en la que se establece que todos los acreedores y deudores gozarán de una moratoria general para no ser obligados a efectuar o recibir pagos de dinero contra su voluntad [art. 2º].

895. *Decreto de 24 de diciembre de 1917.* Levantó el moratorio, ya total, ya parcialmente, según los casos, respecto de los intereses [art. 9º] debiendo pagarse éstos en abonos [art. 12].

896. *Ley de 13 de abril de 1918.* No son objeto de esta ley las obligaciones contraídas después del 14 de diciembre de 1916, las cuales no han estado sujetas al moratorio [art. 5º].

Se levanta el moratorio respecto del 25% del capital y respecto de todos los intereses [arts. 9, 10 y 11], debiendo pagarse la suma de aquél y de éstos en cuatro abonos iguales bimestrales, haciéndose el primer pago a los dos meses contados desde la interpelación del acreedor al deudor o del día que fije la sentencia en caso de litigio [art. 13].

897. *Decreto de 21 de julio de 1926.* Se levanta totalmente el moratorio [art. 1º].



"El importe total del adeudo, tanto del capital como de los intereses, deberá ser pagado por los deudores, cualquiera que sea la obligación de que se trate, en diez semestres, haciéndose en cada uno de ellos la entrega parcial equivalente a la décima parte de la obligación; y en la inteligencia de que el primer pago deberá efectuarse a los seis meses, contados desde la interpelación del acreedor al deudor, o del día que fije la sentencia en los casos de litigio." [art. 3º].

Los plazos a que se refiere el presente decreto sólo son obligatorios para los acreedores [art. 4º].

"Si el acreedor hubiere exigido al deudor el 25% de la suerte principal y la totalidad de los intereses, que autorizó la Ley del 13 de abril de 1918, y tanto el uno como los otros se estuvieren cubriendo, el pago de 75% restante deberá realizarse en ocho semestres, entregando en cada uno de ellos la parte proporcional equivalente a la octava parte del adeudo insoluto, en el concepto de que el primer pago se hará una vez que se hayan vencido los plazos señalados en la sentencia ejecutoriada recaída en el juicio correspondiente al primer 25%, o después de que hayan expirado los términos que señala el artículo 13 de la Ley de 13 de abril de 1918, en el caso de interpelación" [art. 5º].

### III. Los pagos

#### A. *La Ley de 13 de abril de 1918*

(Es la citada en el núm. 896 de este libro)

898. *Distinción de cuatro periodos de tiempo.* "Son objeto de la presente ley y exclusivamente para los efectos que en ella se expresan, las obligaciones que sean exigibles conforme a las leyes comunes, siempre que se hubieren contraído: I. Con anterioridad al 15 de abril de 1913, es decir, durante el régimen de circulación metálica. II. Durante el régimen de circulación de moneda fiduciaria, es decir, desde el 15 de abril de 1913, hasta el 30 de noviembre de 1916. III. Durante el mismo periodo y que por virtud de pacto expreso deban considerarse contraídas en determinada especie de moneda. IV. En el periodo comprendido entre el 30 de noviembre y el 14 de diciembre de 1916" [art. 1º].

899. *El pago parcial del capital.* El 25% de la suerte principal deberá pagarse:

*a)* Si la obligación es de la primera especie, el pago se hará en oro nacional a la par [art. 9º, frac. I].

*b)* Si la obligación es de la segunda especie, el pago se hará en oro nacional sobre la cantidad que en esta moneda represente el adeudo después de verificada la reducción a metálico, tomándose como base el tipo de equivalencia del mes en que se contrajo la obligación, según la tabla con-

tenida en la ley [art. 10º, frac. I]. Esta tabla comprende por meses, desde abril de 1913 hasta noviembre de 1916. En los meses de abril, mayo y junio de 1913, el papel moneda no sufría aún depreciación y por lo mismo su equivalencia con la moneda metálica es a la par. La depreciación comienza en julio de 1913, fijándose para ese mes como equivalencia del peso de papel moneda, 90 cts. oro nacional; en los meses siguientes fluctúa la equivalencia, descendiendo generalmente de un mes al otro hasta noviembre de 1916 en que la equivalencia del peso papel es de 1½ cts. en oro nacional.

*c)* Si la obligación es de la tercera especie y el pacto es de pagar en moneda metálica, deberá hacerse el pago en oro nacional a la par [art. 11, frac. I]. Si el pacto fuere de pagar en billetes de determinado Banco, la deuda se pagará en oro nacional sobre la cantidad que en esta moneda represente el adeudo, después de verificada la reducción a metálico conforme a la tabla que expidió posteriormente la Secretaría de Hacienda. Si la estipulación se limitare a establecer que se pagará en billetes de Banco sin designar institución determinada, la deuda se considerará contraída en papel moneda [art. 11, frac. II].

*d)* Si la obligación es de la cuarta especie, deberá pagarse íntegramente en los términos estipulados en cada caso [art. 14].

900. *El pago de los intereses. a)* Tratándose de obligaciones de la primera especie, los intereses vencidos antes de agosto de 1913 y los vencidos con posterioridad al 30 de noviembre de 1916 se pagarán en oro nacional a la par [art. 9º, fracs. III y IV]. Los intereses vencidos desde agosto, inclusive, de 1913 hasta el 30 de noviembre de 1916, se considerarán causados en papel moneda y se pagarán en oro nacional, previa reducción que se haga de su importe en papel a metálico conforme a la tabla citada y tomándose como base el tipo de equivalencia del mes de cada vencimiento [art. 9º, frac. II].

*b)* En cuanto a las obligaciones de la segunda especie, los intereses causados hasta el 30 de noviembre de 1916 se computarán sobre el capital reducido a metálico al tipo de equivalencia del mes de la celebración del contrato, y así computados se reducirán a su vez a metálico al tipo de equivalencia del mes de cada vencimiento. Los intereses causados desde el primero de diciembre del mismo año de 1916 para lo sucesivo se computarán sobre el capital reducido, como se ha dicho, y sin nueva reducción de su monto [art. 10, frac. II].

*c)* Respecto de las obligaciones de la tercera especie, si el pacto es de pagar en moneda metálica, los intereses se pagarán en oro nacional a la par [art. 11, frac. I]. Si el pacto fuere de pagar en billetes de determinado Banco, los intereses se pagarán en oro nacional sobre el valor del adeudo reducido a metálico; si no se ha designado institución determinada se observará la regla del caso de la deuda contraída en papel moneda [art. 11, fracción II].



*d)* En cuanto a las obligaciones de la cuarta especie, sus intereses se pagarán en los términos estipulados en cada caso [art. 14].

901. *Ejemplo sobre cómputo del capital.* Supongamos un préstamo hecho en el mes de febrero de 1914, es decir, durante el régimen de circulación fiduciaria por $ 10,000.00 papel moneda. Según la tabla de equivalencias que hemos citado en el número 899 de este libro, en ese mes el peso papel tenía un valor de $ 0.60 oro nacional. En consecuencia, la deuda de $ 10,000.00 papel se reducía a $ 6,000.00 oro nacional.

902. *Ejemplo sobre cómputo de intereses.* Supongamos un préstamo hecho con anterioridad al 15 de abril de 1913 de $ 20,000.00 plata, habiéndose estipulado como rédito el 6% anual, por lo que el interés mensual era de $ 100.00. Si se trata de fijar el monto de los intereses que vencieron en el mes de julio de 1915, deben considerarse causados en papel moneda. Como en dicho mes el peso papel tenía un valor de $ 0.10 oro nacional, la equivalencia de los $ 100.00 papel interés era de $ 10.00 oro nacional.

Veamos el caso del préstamo hecho en el mes de febrero de 1914 por $ 10,000.00 papel que se redujeron a $ 6,000.00 oro nacional. Sus réditos estipulados al 1% mensual importaban $ 60.00 papel moneda. Estos, a su vez, se tenían que reducir a oro nacional al tipo que regía en el mes del vencimiento. Supongamos que se trata de los intereses causados en julio de 1915, cuando el tipo de cambio era de $ 0.10 metálico por un peso papel; los réditos correspondientes a este mes quedaban reducidos a $ 6.00 oro nacional.

### B. *Disposiciones posteriores*

903. *Circular de 16 de agosto de 1918.* La Secretaría de Hacienda expidió esta circular aclarando o más bien modificando la ley de 13 de abril del mismo año, con referencia a diversos casos. Aquí sólo nos vamos a ocupar del caso de la venta de una cosa, mueble o inmueble, por la que se haya quedado debiendo el precio total o parcialmente. Según esta circular, "en las obligaciones de dinero procedentes de compra-venta en que el adeudo representa el precio, no tienen aplicación, ni la reducción ni la equivalencia que establece el artículo 10 de la Ley de Pagos, sino cuando ambas partes estén de acuerdo en que tal precio se fijó en papel moneda o cuando por falta de tal acuerdo, los tribunales resuelvan que las estipulaciones relativas al precio de su cuantía, deben entenderse con relación a papel moneda y no a moneda metálica. En caso de duda, la fijación de la cantidad exigible se hará mediante justiprecio de la cosa vendida, por peritos nombrados con intervención judicial, si las partes no acordaren otra forma".

904. *Decreto de 21 de julio de 1926.* Este decreto, ya citado en el número 897 de este libro, previene que el capital y los réditos "se liqui-

darán y pagarán aplicando en lo conducente las reglas que para cada caso establecen los artículos 9º, 10 y 11 de la Ley de 13 de abril de 1918" [artículo 1º]. El mismo decreto determina que: "Las obligaciones nacidas durante el régimen de circulación fiduciaria, o novadas en ese período, aun cuando haya pacto expreso, en documento público o privado, de pagar en moneda metálica, se considerarán contraídas en papel o en billetes, cuando el deudor probare haber recibido una u otra especie y siempre que no exista, respecto a ellas, sentencia ejecutoriada" [art. 2º].

905. *Circulares aclaratorias.* La Secretaría de Hacienda expidió tres circulares aclaratorias con relación al decreto de 21 de julio de 1926, las cuales son de 11 de octubre de 1926, 11 de noviembre del mismo año y 21 de marzo de 1928. La última es la más importante y contiene las resoluciones siguientes: *a)* "Cuando no haya pacto expreso de pagar en determinada especie de moneda, sea cual fuere la clase de documentos en que consten las obligaciones respectivas, éstas se considerarán contraídas en papel moneda por ministerio de la ley". *b)* "Cuando haya pacto expreso de pagar en moneda metálica en obligaciones que consten en esqueletos o documentos impresos, llamados de cajón, se considerarán también contraídas aquéllas en papel moneda, sin que esté obligado el deudor a probar que recibió esta especie." *c)* "Cuando exista pacto expreso de pagar en moneda metálica en obligaciones que se hayan hecho constar en documentos públicos o privados, distintos estos últimos de los llamados de cajón, se considerarán, sin embargo, contraídas aquéllas en papel moneda o billetes de banco, siempre que el deudor pruebe que recibió una u otra especie, y que no existe, respecto a ellas, sentencia ejecutoriada; en consecuencia, en estos casos la suerte principal y los intereses se pagarán, respectivamente, en los términos del artículo 10, fracciones I y II, fracción II de la Ley de 13 de abril de 1918."

906. *Advertencias.* Primera. Los pagos que en las leyes que hemos estudiado en esta sección cuarta se mencionan en oro nacional, deben solventarse a la par en billetes del Banco de México o en las demás monedas de circulación legal, según su poder liberatorio, en cumplimiento de lo que dispone la ley monetaria vigente [véase el núm. 890 de este libro]. Segunda. Cuando se trate de aplicar en la práctica las leyes de pagos, deberán estudiarse en toda su integridad; [se encuentran recopiladas con las circulares aclaratorias en el libro del Lic. Manuel Andrade publicado en el año de 1929 denominado "Leyes Orgánicas"]. Tercera. A medida que pasa el tiempo va siendo menos frecuente la aplicación de las leyes de pagos por la época ya lejana del régimen de papel moneda, al que ellas se refieren.

## TÍTULO SEGUNDO

## EL OFRECIMIENTO DE PAGO Y LA CONSIGNACION

907. *Tabla A*

C. a. 1556.—C. N. 1257.—G. 1109.—C. v. 2097.
" " 1557.—C. P. 759.—G. 1107.—C. N. 1257.—C. v. 2098.
" " 1558.—Cód. Procs. Civs. (vigente) 225.
" " 1559.—Cód. Procs. Civs. (vigente) 226.
" " 1560.—Cód. Procs. Civs. (vigente) 227.
" " 1561.—Cód. Procs. Civs. (vigente) 227.
" " 1562.—G. 1111.—Cód. Procs. Civs. (vigente) 233.
" " 1563.—C. P. 760.—C. v. 2099.
" " 1564.—C. v. 2101.
" " 1565.—G. 1109.—C. N. 1257.
" " 1566.—C. v. 2102.
" " 1567.—G. 1114.—C. N. 1261.
" " 1568.—G. 1115.—C. N. 1262 y 1263.
" " 1569.—C. N. 1260.—G. 1113.—C. v. 2103.

908. *Tabla B*

C. v. 2097.—C. a. 1556.
" " 2098.—C. a. 1557.
" " 2099.—C. a. 1563.
" " 2100.—nuevo).
" " 2101.—C. a. 1564.
" " 2102.—C. a. 1566.
" " 2103.—C. a. 1569.

909. BIBLIOGRAFIA. GARCÍA GOYENA: *Comentario a los artículos 1107 a 1115 del proyecto de Código español;* DÍAS FERREIRA, t. II, págs. 83 a 88: *Comentario a los artículos 759 a 764 del código portugués;* CUNHA GONÇALVES, t. IV, núms. 612 a 614, págs. 759-773; ALVES MOREIRA, t. II, núms. 74-76; PLANIOL, t. II, núms. 446-455; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, t. VII, núms. 1207-1212; COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 298-301; JOSSERAND, t. II, núms. 864-869; HÉMARD, t. II, núms. 1472-1473; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XIII, núms. 1595-1634; GIORGI, t. VII, núms. 263-296; LAURENT, t. XVIII, núms. 138-214; REPERTOIRE CARPENTIER, t. XXIX, págs. 238-267.

910. *Nociones generales.* No sólo está obligado el deudor a cumplir con su obligación, sino que también tiene el derecho de pagar para librarse de ella [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 1595; Cunha Gonçalves, t. IV, núm. 612].

Para llegar a tal fin puede el deudor encontrar cualquiera de estos obstáculos: *a)* Que el acreedor se rehuse sin justa causa a recibir la prestación debida o a dar el documento justificativo del pago. *b)* Que sea desconocido el acreedor. *c)* Que el acreedor esté ausente o sea un incapaz. *d)* Que el acreedor sea conocido, pero que sean dudosos sus derechos [artículos 1557 y 1563 del código de 1884 y artículos 2098 y 2099 del código de 1928].

911. *Procedimientos.* Para vencer dichos obstáculos, el código de 1884 en sus artículos 1558 a 1563 establecía un procedimiento judicial con el que concuerda sustancialmente el adoptado por el Código de Procedimientos Civiles vigente en sus artículos 225 a 234, en los cuales, además, se admite la intervención notarial.

Mediante el procedimiento aludido, en los casos de los incisos *a), b)* y *c)* del número 910 de este libro, el deudor, después de ofrecer a su acreedor la cosa debida, hace consignación de ella [arts. 1556 y 1557 del código de 1884 y 2097 y 2098 del código de 1928], es decir, la deposita a disposición del acreedor [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 1595, pág. 695; Laurent, t. XVIII, núm. 181; Planiol, t. II, núm. 449, art. 227 del Código de Procs. Civiles]. Si el acreedor fuere conocido, pero dudosos sus derechos, podrá el deudor depositar la cosa debida, con citación del interesado, a fin de que justifique sus derechos por los medios legales [artículos 1563 del código de 1884 y 2099 del código de 1928].

El acreedor puede oponerse con razón a recibir la cosa depositada, por ejemplo: porque esa cosa no sea de la calidad convenida o porque no se haya vencido el plazo establecido a favor del acreedor. O bien puede oponerse por molestar, por perjudicar a su deudor.

912. *Efectos de la consignación.* El artículo 1556 del código de 1884 y el artículo 2097 del Código Civil vigente dicen que: "El ofrecimiento seguido de la consignación hace veces de pago, si reúne todos los requisitos que para ésta exige la ley." Así pues, cuando se consigna una cantidad de dinero, debe reputarse que está pagada y por lo mismo que la obligación está extinguida.

El artículo 1566 del código de 1884 y el artículo 2102 del código de 1928 dicen que: "Aprobada la consignación por el Juez la obligación quedo extinguida con todos sus efectos." Ahora bien, según el diccionario de la Real Academia Española quedar significa permanecer una cosa en su estado y por consiguiente la sentencia que se pronuncie, según los artículos citados, lo que resuelve es que subsiste la extinción de la obligación efectuada por la consignación.



El artículo 1564 del código de 1884 y el artículo 2101 del código vigente se expresan así: "Si el Juez declara fundada la oposición del acreedor para recibir el pago, el ofrecimiento y la consignación se tienen como no hechos." En consecuencia, en este caso se invalida el pago que se había realizado por efecto de la consignación, y por lo mismo mientras no se pronuncie esta sentencia adversa al deudor la consignación que haya hecho está haciendo veces de pago, efecto que hay que reconocer por el precepto terminante del artículo 1556 del código de 1884 y del 2097 del código vigente.

Creo que la Suprema Corte de Justicia no está en lo cierto cuando ha resuelto que "La simple consignación de la cantidad debida no tiene veces de pago, entretanto no exista declaración expresa de la autoridad judicial que apruebe tal consignación en el juicio sumario correspondiente.

## TÍTULO TERCERO

# LA EJECUCION FORZADA

913. BIBLIOGRAFIA. BONNECASE: *Précis*, t. I, núms. 587-590 et t. II, núms. 41-71, 498-513; BONNECASE: *Suppl.*, t. III, núms. 363 et sigs.; t. V, núms. 316-347; BONNECASE: *La condition juridique du creancier chirographaire. Sa qualité d'ayant cause a titre particulier* (Rev. Trim. de D. C., t. XIX, págs. 103-150); LABORDE LACOSTE: *Essai sur la notion d'ayant cause a titre particulier en droit français*; GARY: *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit*; AUBRY et RAU, t. VI, párrafos 573-581, págs. 229-252; PLANIOL, t. I, núm. 305, t. II, núms. 166-220, 1174 y 1175; BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis*, 11e. éd., t. I, núms. 101.5-101.10; t. II, núm. 537, pág. 348; CAPITANT: *Introduction a l'étude du Droit Civil*, 4e. éd., núms. 86 et 92; COLIN et CAPITANT, t. I, núms. 93, 94, 96, t. II, núms. 100 et 118; La misma obra, edición en español, t. I, págs. 244, 245, 247 y 250-251; JOSSERAND, t. II, núms. 584-601, 647-659; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, t. VI, núm. 330 et t. VII, núms. 770-820; HÉMARD, t. I, núms. 214-223, 241, 242, 306, 307, t. II, núms. 1476-1479; DEMOGUE, t. VII, números 698-702.

## CAPÍTULO PRIMERO

### *Cuestiones preliminares*

914. *El acreedor quirografario.* Código de 1884. "Artículo 1928. El deudor está obligado a pagar con todos sus bienes presentes y futuros, aunque no se estipule así en el contrato; a no ser que haya convenio expreso en contrario." Código de 1928. "Artículo 2964. El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables." Comentando Bonnecase los artículos del código Napoleón concordantes con los nuestros, dice que el acreedor puro y simple, el acreedor de derecho común, tiene derecho sobre todo el patrimonio de su deudor, que a este acreedor se le designa por el término técnico de acreedor quirografario y que es la expresión tipo del sujeto activo de la obligación *[Précis*, t. II, núm. 41].

915. *Situación jurídica del acreedor quirografario.* Enseña Baudry-Lacantinerie que: "Si el deudor no ejecuta sus obligaciones, el acreedor tiene



el derecho de embargar y hacer vender los bienes que pertenecen al deudor para pagarse con el precio de ellos. El acreedor tiene un derecho de prenda general sobre el patrimonio de su deudor. Su derecho de prenda recae, no sobre tal o cual elemento determinado del patrimonio del deudor, sino sobre el patrimonio mismo, es decir, sobre la masa de cualesquiera bienes que estén comprendidos en ese patrimonio en el momento en que el acreedor recurra a las vías de ejecución forzada" *[Précis*, t. I, núm. 1231, pág. 693]. La palabra prenda no está tomada aquí en su sentido técnico; con ella "se quiere solamente expresar esta idea, que todos los bienes de un deudor responden de la ejecución de sus obligaciones. Esto no es verdad solamente respecto de los bienes presentes, es decir, de aquellos que el deudor posee en el momento en que nace la deuda; el mismo derecho pertenece a su acreedor sobre los bienes por venir de su deudor, es decir, sobre aquellos que adquiera después; sus bienes por venir podrán ser embargados a medida que entren en su patrimonio" [Planiol, t. II, núms. 180 y 181]. Hay que advertir que el principio anunciado no es absoluto, pues hay casos en los cuales el acreedor tiene un derecho respecto de ciertos elementos concretos del patrimonio de su deudor, por ejemplo en los casos en que tiene derecho de retener una cosa, como sucede en el derecho del arrendatario respecto de la cosa que tiene en arrendamiento, etc. [Véase Bonnecase, *Précis*, t. I, núm. 58]. "Resulta (de lo expuesto al principio de este número) que el acreedor debe sufrir las consecuencias de todos los actos por los cuales el deudor disminuye el valor total de su patrimonio. Si enajena uno de sus bienes, esta enajenación es oponible a sus acreedores, que no pueden inquietar al tercer adquirente y embargarle el bien que, por efecto de la enajenación, ha salido del patrimonio sobre el cual recae su derecho de prenda. Igualmente el acreedor ve disminuir el valor de su prenda cuando el pasivo del deudor aumenta por el efecto de deudas nuevas contraídas para con otras personas" [Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. II, núm. 1230, pág. 693]. Lo que acabamos de exponer no quiere decir que nunca el acreedor quirografario tiene poder alguno de inmiscuirse en la gestión del patrimonio del deudor. Citaremos, por ejemplo, el caso de la acción pauliana, de la que nos ocuparemos después [Bonnecase, *Précis*, t. I, números 58-64].

916. *¿El acreedor quirografario es causahabiente de su deudor?* "Cuando un derecho se transmite por una persona a otra, se llama autor al que trasmite el derecho y causahabiente al que lo adquiere. La transmisión se opera sea a título particular, cuando el causahabiente adquiere sólo uno o varios derechos determinados, sea a título universal, cuando el causahabiente adquiere la universalidad de los bienes de una persona o una parte alícuota de esta universalidad. Hay, pues, dos categorías de causahabientes: los causahabientes a título universal y los causahabientes a título particular" [Colin et Capitant, t. I, núm. 96. En el mismo sentido Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. II, pág. 349].

Comparando la situación que con respecto al patrimonio del deudor tienen los sucesores a título universal y a título singular, con la situación que tienen los acreedores, unos autores consideran a los acreedores como causahabientes a título universal, otros los consideran como causahabientes a título particular, otros los designan sólo como causahabientes y hay quienes les niegan este carácter. Yo participo de esta última opinión porque, como dice Demogue [t. VII, núm. 702], hacer entrar a los acreedores en los causahabientes es forzarlos a figurar en una clasificación que no está hecha para ellos; los acreedores de una persona no son sus causahabientes porque no han adquirido sus bienes, no se ha operado en su provecho una trasmisión de su patrimonio [palabras de Planiol, t. I, núm. 305. Aunque este autor después declara a los acreedores causahabientes a título universal]: los acreedores no son sucesores en los derechos de su deudor, sino que se colocan en contra de él, se apoderan de sus bienes.

917. *Clasificación de los acreedores quirografarios.* Bonnecase clasifica a estos acreedores en tres categorías, diciendo: "Hay: 1º Créditos quirografarios a los que se pueden calificar de créditos quirografarios de prenda general o indeterminada, porque tienen por garantía el patrimonio entero del deudor sin afectación de alguno de sus elementos concretos. Esta primera categoría representa el derecho de crédito u obligación tal como se entiende generalmente... prácticamente, los acreedores que se encuentran en esta primera categoría están más en peligro, en razón, precisamente, de que su derecho se ejerce sobre el patrimonio considerado como universalidad y en concurso riguroso con los otros créditos. 2º Sucede enteramente de otra manera con la segunda y la tercera categorías. Ahí, el acreedor quirografario no tiene exclusivamente por prenda el patrimonio en general: en este patrimonio ciertos elementos le están afectados de preferencia a otros... La segunda categoría agrupa a los acreedores a los que está afectada, de una manera particular, una parte alícuota del patrimonio del deudor... Los acreedores quirografarios de la tercera categoría están mejor provistos que los de la segunda; es un bien individualizado del patrimonio del deudor o de un tercero el que asegura el pago de su crédito... Entran, pues, en esta tercera categoría... el acreedor provisto de un derecho de retención..." [Bonnecase, *Précis*, t. I, núm. 71].

Además, a veces el deudor conviene con su acreedor en que sólo estará obligado a pagar con determinado bien, situación a la que se refiere la parte final del artículo 1928 del código de 1884 (parte no reproducida en el artículo 2064 del código de 1928); texto que hemos visto en el número 914 de este tomo. Tal es el caso del comprador de un inmueble, el cual queda adeudando parte del precio con hipoteca del mismo inmueble y pacta con su acreedor que no quedará obligado a pagar con sus demás bienes.



## CAPÍTULO SEGUNDO

### *La ejecución*

918. *Ideas generales.* Cuando el deudor se rehusa a ejecutar su obligación "la ley da al acreedor el derecho y los medios de exigirle el cumplimiento: en defecto de ejecución voluntaria, el acreedor puede dirigirse a la justicia, la que comprobará su derecho, después de lo cual el Estado pondrá la fuerza social a su disposición para procurarle la ejecución efectiva. Es la ejecución forzada" [Planiol, t. II, núm. 166].

"No siempre es posible dar una satisfacción efectiva al acreedor... Para saber en qué casos esta ejecución efectiva y forzada es o no es posible, hay que distinguir según la naturaleza variable del objeto de las diferentes obligaciones." Pasemos revista a sus diversas categorías, siguiendo a Planiol [t. II, núm. 173].

919. *Obligaciones de sumas de dinero.* La ejecución forzada es fácil. Se le embargan bienes al deudor, se sacan a remate, se convierten así en dinero y se le paga al acreedor.

920. *Obligaciones de transferir la propiedad de un cuerpo cierto.* Ya sabemos que la traslación de propiedad queda cumplida por mero efecto del contrato [núm. 157, t. I, de este libro], lo que hace que la obligación de dar se reduzca a una obligación de entregar.

921. *Obligación de entregar.* Hay que entender por esto todas las obligaciones que tienen por objeto la simple entrega material de una cosa. Obligaciones de este género nacen de las ventas, de los comodatos, depósitos, mandatos, etc., a consecuencia de los cuales se debe la entrega de la cosa vendida, prestada, depositada, confiada, etc. En tal caso, el acreedor de la cosa tiene siempre el derecho de hacerse poner en posesión de ella.

922. *Obligaciones de hacer.* Cuando la obligación tiene por objeto un acto o una serie de actos y el deudor rehusa cumplirlos, la ejecución forzada es imposible. La razón es que la ejecución obtenida por la fuerza sería casi siempre defectuosa y sobre todo que exigiría el empleo de medios violentos contrarios a la libertad individual. Sería inútil una coacción contra la persona del deudor, siendo así que es fácil dar al acreedor en dinero una satisfacción equivalente. Se dice, pues, que toda obligación de hacer se resuelve en indemnización de daños y perjuicios en el caso de inejecución por el deudor [véanse artículos 1423 del código de 1884 y 2104 del código de 1928 y medios de apremio en el art. 73 del C . P. C.].

Sin embargo, el acreedor puede algunas veces obtener la ejecución real del hecho prometido: lo hace ejecutar por un tercero a expensas del deudor

[artículos 1426 del código de 1884 y 2027 del código de 1928]. Entonces no es el deudor mismo el que cumple la prestación; se limita a pagar los gastos, de manera que la obligación de hacer se resuelve aun para él en una obligación de suma de dinero, como en el caso de indemnización de daños y perjuicios; la diferencia es que el acreedor obtiene la ejecución efectiva de la prestación. Este procedimiento no es susceptible de empleo sino para las obligaciones que son de tal naturaleza que puedan ser ejecutadas por una persona distinta del deudor en sustitución de éste; pero no cuando la aptitud personal del deudor es la que se ha tenido en cuenta por el acreedor.

923. *Obligaciones de no hacer.* Su contravención se resuelve en indemnización de daños y perjuicios [arts. 1428 del código de 1884 y 2028 del código de 1928]. Sin embargo, aquí también la ejecución efectiva y forzada puede obtenerse algunas veces y quizá más a menudo que para las obligaciones de hacer. Ejemplo: Si se levanta una construcción contraviniendo a una obligación de no edificar, el acreedor podrá obtener la demolición de lo construido a costa del obligado [los mismos artículos citados en este párrafo].

924. *Bienes inembargables.* El Código de Procedimientos Civiles en su artículo 544 enumera ciertos bienes que no puede embargar el acreedor, de manera que el deudor puede conservarlos sin pagar su deuda, es decir, que no responden de sus obligaciones. Antes la ley sobre relaciones familiares [art. 284] y hoy el código de 1928 [art. 727] han declarado inembargables los bienes que constituyen el patrimonio familiar.

# SEGUNDA PARTE

# EL INCUMPLIMIENTO

## *PRIMERA DIVISION*

## LA RESPONSABILIDAD CIVIL

925. *Tabla A*

C. a. 1311.—C. v. 1840.
" " 1312.—C. N. 1227.—G. 1080.—C. v. 1841.
" " 1313.—C. P. 674 (comentario de Días Ferreira).—C. v. 1843.
" " 1314.—C. P. 675.—C. N. 1231.—G. 1085.—C. v. 1844.
" " 1315.—G. 1081.—C. N. 1228 y 1229.—C. v. 1845.
" " 1316.—G. 1081.—C. N. 1228 y 1229.—C. v. 1846.
" " 1317.—C. P. 677.—C. v. 1847.
" " 1421.—C. P. 709.
" " 1423.—C. P. 711.—C. I. 1223.—C. N. 1142.—C. v. 2104.
" " 1424.—C. P. 711, párrafo 1º.
" " 1425.—C. v. 2080.
" " 1428.—C. P. 713.—C. N. 1142, 1143 y 1145.—C. v. 2028 y 2104, párrafo final.
" " 1429.—G. 1005.—C. N. 1136 y 1137.
" " 1432.—C. P. 732.—C. v. 2105.
" " 1433.—G. 1017.—C. N. 1153.—C. P. 732.—Días Ferreira, comentario al C. P. 711.—Código Procs. Civiles vigente, 259, fracción V.
" " 1434.—G. 1007.
" " 1439.—G. 1160, párrafo 2º.
" " 1440.—G. 1160, párrafo 3º.
" " 1441.—G. 1160, párrafo 4º—C. N. 1302.
" " 1442.—G. 1161.—C. N. 1302.—C. v. 2018.
" " 1443.—G. 1162.—C. N. 1302.—C. v. 2019.
" " 1444.—G. 1163.—C. N. 1303.—C. v. 2020.
" " 1445.—C. P. 717, párrafo 1º—C. v. 2021.
" " 1446.—C. P. 717, párrafo 2º—C. v. 2025.

„ „ 1447.—C. P. 717, párrafo 3º.
„ „ 1448.—Proyecto del C. P. 811 (Días Ferreira, t. II, pág. 50).—C. v. 2023.
„ „ 1451.—G. 1017.—C. N. 1153.—C. v. 2117.
„ „ 1458.—C. P. 2393.—G. 1011.
„ „ 1459.—C. P. 705.—C. N. 1147 y 1148.
„ „ 1460.—G. 1012.—C. v. 2106.
„ „ 1461.—G. 1012.—C. v. 2106.
„ „ 1462.—G. 1014.—C. N. 1148.—C. v. 2111.
„ „ 1463.—C. P. 706.—C. v. 2107.
„ „ 1464.—G. 1015.—C. N. 1149.—C. v. 2108.
„ „ 1465.—G. 1015.—C. N. 1149.—C. v. 2109.
„ „ 1466.—G. 1016.—C. v. 2110.
„ „ 1467.—C. v. 2112.
„ „ 1468.—C. v. 2113.
„ „ 1469.—C. v. 2114.
„ „ 1470.—C. v. 2115.
„ „ 1471.—C. v. 2116.
„ „ 1472.—C. P. 708.—C. N. 1152.—C. v. 2117.
„ „ 1473.—C. v. 1926.
„ „ 1483.—C. v. 2118.

926. *Tabla B*

C. v. 1840.—C. a. 1311.
„ „ 1841.—C. Ch. 1536.—C. a. 1312.
„ „ 1842.—C. Arg. 656.
„ „ 1843.—C. a. 1313.
„ „ 1844.—C. a. 1314.
„ „ 1845.—C. a. 1315.
„ „ 1846.—C. a. 1316.
„ „ 1847.—C. a. 1317.
„ „ 2017, fracción I.—C. B. 865, párrafo 2º—C. Arg. 579.
„ „ 2017, fracción II.—C. B. 866 y 867.—C. Arg. 580 y 581.
„ „ 2018.—C. a. 1442.
„ „ 2019.—C. a. 1443.
„ „ 2020.—C. a. 1444.
„ „ 2021.—C. a. 1445.
„ „ 2022.—C. B. 876.—C. Arg. 603.
„ „ 2023.—C. a. 1448.
„ „ 2025.—C. a. 1446.
„ „ 2028.—C. a. 1428.
„ „ 2080.—C. com. 360.—C. a. 1517 y 1425.—Código de Procedimientos Civiles 259, fracciones IV y V.
„ „ 2104.—C. a. 1423 y 1428.



„ „ 2105.—C. a. 1432.
„ „ 2106.—C. a. 1460 y 1461.
„ „ 2107.—C. a. 1463.
„ „ 2108.—C. a. 1464.
„ „ 2109.—C. a. 1465.
„ „ 2110.—C. a. 1466.
„ „ 2111.—C. a. 1462.
„ „ 2112.—C. a. 1467.
„ „ 2113.—C. a. 1468.
„ „ 2114.—C. a. 1469.
„ „ 2115.—C. a. 1470.
„ „ 2116.—C. a. 1471.
„ „ 2117.—C. a. 1472 y 1451.
„ „ 2118.—C. a. 1483.

927. BIBLIOGRAFIA. H. et L. MAZEAUD: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*, t. I, núms. 97-300, núms. 300-535, 654-706, 965-1007, t. II, núms. 1403-1428, 1540-1589, 1666-1677, t. III, 2303-2342, 2359-2362, 2373-2391, 2513-2566, 2583-2598, 2607-2619, 2627-2639; PLANIOL, t. II, núms. 221-277, 620-629, 862-869, 873-878, 882-889; COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 75-82, 84-87, 97-99 bis, 101-115; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, t. VI, núms. 376-390, t. VII, núms. 821-886; DEMOGUE, t. VI, núms. 225-631; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XII, núms. 447-523, t. XIII, núms. 1343-1373; HÉMARD, t. II, núms. 1487-1533; JOSSERAND, t. II, núms. 451-453, 602-646, LAURENT, t. XVI, núms. 213-332; DEMOLOMBE, t. I, núms. 511-644, t. III, núms. 634-717; AUBRY et RAU, t. IV, párrafos 3008 y 3009, págs. 94-114; BONNECASE: *Suppl.*, t. II, núms. 459-539, t. III, núms. 239-291; BONNECASE: *Précis*, t. II, núms. 354-381, 463-497, 514-524; BRUN: *Rapports et domaines des responsabilités contractuelles et delictuelles;* GAUDEMENT, págs. 377-392; LALOU: *La responsabilité civile;* SALEILLES: *Théorie générale de l'obligation*, pág. 176; ESMEIN: *Les clauses de non responsabilité* (Rev. trim. de D. C., t. XXV, págs. 313-344); SALEILLES: *De la responsabilité precontractuelle* (Rev. trim. de D. C., t. VI, págs. 697-751); GIORGI, t. II, núms. 6-140, 154-156, t. IV, núms. 448-463; POLACCO, t. I, núms. 80-87, 94-147; MINOZZI: *Studio sul danno non patrimoniale*, págs. 239-242; GARCÍA GOYENA: *comentarios a los artículos cuyos números van precedidos de la letra G en la tabla A;* CUNHA GONÇALVES: *comentarios a los artículos del Código portugués citados en la tabla A;* DÍAS FERREIRA: *comentarios a los mismos artículos;* ALVES MOREIRA, t. II, núms. 36-42; SALVAT: *Obligaciones en general*, núms. 224, 350-357, 398, 402, 404, 405; COLMO, t. I, núms. 301, 302, 309, 313, 314, 368, 369, 370, 405, 406; LAFAILLE: *Obligaciones*, t. II, núms. 134-139, 237; BEVILAQUA, págs. 68 y 69; BARROS ERRÁZURIZ, t. II, núm. 70.

## TÍTULO PRIMERO

# LA TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

### CAPÍTULO PRIMERO

### *La responsabilidad extra-contractual y la contractual*

928. *Noción de la responsabilidad.*—La responsabilidad civil consiste en la obligación que tiene una persona de indemnizar a otra los daños y perjuicios que se le han causado [véase Colin y Capitant, t. II, núm. 175; H. y L. Mazeaud, *op. cit.*, t. I, núm. 3; arts. 1458, 1459 y 1463 del código de 1884 y 1910 y 2104 del código de 1928].

929. *La responsabilidad extra-contractual.*—En el tomo primero de este libro, segunda parte, títulos segundo a sexto, hemos visto que, los hechos jurídicos de que tratan esos títulos (a saber: el enriquecimiento ilegítimo, comprendiéndose en éste el pago de lo indebido, la gestión de negocios, los hechos ilícitos y el riesgo creado) producen la obligación de indemnizar daños y perjuicios. Todos éstos son casos de responsabilidad extra-contractual.

930. *La responsabilidad contractual.* Ahora vamos a estudiar esta responsabilidad, a la cual se refieren los preceptos siguientes. Código de 1884. "Artículo 1458. Son causas de responsabilidad civil: 1. La falta de cumplimiento de un contrato..." "Artículo 1459. El contratante que falte al cumplimiento del contrato, sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable de los daños y perjuicios que cause al otro contratante..." "Artículo 1423. El que se hubiere obligado a prestar algún hecho y dejare de prestarlo, o no lo prestare conforme a lo convenido será responsable de los daños y perjuicios..." "Artículo 1428. El que se hubiere obligado a no hacer alguna cosa quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención..." "Artículo 1432. Es aplicable a la prestación de cosas lo dispuesto en el artículo 1423 respecto de la prestación de hechos." Código de 1928. "Artículo 2104. El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido será responsable de los daños y perjuicios..." "Artículo 2028. El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención..." "Artículo 2105. Establece la responsabilidad en las obligaciones de dar que tengan plazo fijo y alude a las que no tuvieren plazo cierto." [Véase además el núm. 989 de este libro.]



931. *Distinción.* H. y L. Mazeaud sostienen que no hay diferencia fundamental entre los dos órdenes de responsabilidad, aunque existen diferencias accesorias [*op. cit.*, t. I, núm. 97]. La diferencia principal consiste en que en los casos de responsabilidad extra-contractual un hecho jurídico produce esa responsabilidad, sin que antes de ese hecho haya un acreedor y un deudor; mientras que en el caso de responsabilidad contractual hay una obligación preexistente que se convierte en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, número 356; Chironi, *op. cit.*, págs. 23-24]. Ejemplo: *A* se obliga a dar a *B* una casa que vale diez mil pesos, he aquí la obligación preexistente que tiene por objeto la casa; si *A* falta al cumplimiento de esta obligación, ella se transforma en otra que consiste en indemnizar al acreedor entregándole diez mil pesos en dinero.

En el número 682 del tomo primero de este libro, hemos visto que las dos especies de responsabilidad son objeto de distinción del código de 1884 en su artículo 1458. El código de 1928 se ocupa separadamente de las dos especies de responsabilidad: de la extracontractual, en el título denominado "Fuentes de las obligaciones" y de la contractual, en el título que tiene por rubro "Efectos de las obligaciones", al tratar del incumplimiento de éstas. Así lo hacemos nosotros.

932. *Dominio de aplicación.* La responsabilidad contractual se extiende al caso de incumplimiento de las obligaciones que tienen por fuente la declaración unilateral de la voluntad, de acuerdo con el artículo 1859 del código de 1928 [inspirado en el artículo 7º del código civil suizo] que establece el principio de que las disposiciones legales sobre contratos son aplicables a otros actos jurídicos, en lo que no se oponga a la naturaleza de éstos.

933. *Elementos constitutivos de la responsabilidad contractual.* 1º Un daño o perjuicio causado al acreedor por la inejecución de la obligación. 2º Imputable al deudor. 3º Mora del deudor. [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 451; Planiol, t. II, núm. 225].

### CAPÍTULO SEGUNDO

### *El daño y el perjuicio*

## SECCION 1ª EL DAÑO O EL PERJUICIO MATERIAL

934. *Noción de estos conceptos.* "Se entiende por daño la pérdida o menoscabo que el contratante haya sufrido en su patrimonio por la falta

de cumplimiento de la obligación" [art. 1464 del código de 1884] o en otros términos "Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación" [art. 2108 del código de 1928]. "Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación" [arts. 1465 del código de 1884 y 2109 del código de 1928]. Ejemplo: "Un empresario de fiestas públicas trata con un cantante para que venga a dar un concierto; el artista falta a su palabra y el concierto no puede tener lugar. La indemnización de los daños y perjuicios debidos al empresario comprenderá: *a)* desde luego la indemnización de los gastos de toda clase que ha hecho con plena pérdida, gastos de arrendamiento de la sala, anuncios en carteles, publicaciones en los periódicos: es el *damnum emergens; b)* después, la indemnización del beneficio que el empresario habría realizado probablemente por el precio de las localidades, deducidos los gastos: es el *lucrum cessans*. Si la indemnización de los daños y perjuicios no pudiera comprender estos dos elementos, no alcanzaría su fin que es colocar al acreedor en la misma situación que si la obligación hubiera sido ejecutada" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 475].

Como hemos visto en el número 683 de este libro, algunas veces, empleando ya la palabra daño, ya la palabra perjuicio, se quiere designar con una sola de ellas los dos conceptos que acabamos de expresar.

935. *Relación de causalidad.* "Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse" [artículos 1466 del código de 1884 y 2110 del código de 1928]. Ejemplo: "Un negociante ha vendido a sabiendas una vaca enferma; el contagio se ha comunicado a los bueyes del comprador y le ha impedido cultivar sus tierras. El vendedor deberá, ciertamente, indemnizarlo del precio de las bestias muertas por efecto del contagio; pero no de los daños que resultan de la falta de cultivo, que son sino una consecuencia lejana e indirecta de su dolo; no estando cultivadas las tierras, el comprador se ha encontrado privado de su renta; no ha podido pagar a sus acreedores; éstos han embargado sus bienes, etc.... Se puede desarrollar a voluntad la serie de las consecuencias. Todos estos acontecimientos no son la consecuencia necesaria de la venta de una vaca enferma; habrían podido ser evitados; el comprador podría dar en arrendamiento sus tierras o procurarse otros animales para hacer sus labores" [Planiol, t. II, núm. 249].

## SECCION 2ª EL DAÑO MORAL

936. *La doctrina.* En los números 729 a 733 y 737 de este libro, hemos visto en qué consiste el daño moral y su fundamento doctrinal. A esos párrafos nos remitimos agregando con H. y L. Mazeaud "que no



hay razón alguna para tratar diferentemente, en nuestro punto de vista, los dos órdenes de responsabilidad. Todos los motivos invocados en favor de la reparación del perjuicio extrapecuniario en materia de responsabilidad delictuosa valen también si se trata de la inejecución de un contrato. En uno como en otro caso la indemnización de daños y perjuicios concedida realizarán su papel satisfactorio" [t. I, núm. 332].

937. *El código de 1884.* No podemos decir que este código haya adoptado como principio general la indemnización en caso de daño moral. A este respecto sólo contiene el artículo 1471 que dice: "Al fijar el valor y el deterioro de una cosa, no se atenderá al precio estimativo o de afección, a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con el objeto de lastimar la afección del dueño: el aumento que por estas causas se haga no podrá exceder de una tercia parte del valor común de la cosa."

938. *El Código de 1928.* Este código en su capítulo denominado "De las Obligaciones que nacen de los actos ilícitos", artículo 1916, determinaba que el juez podía acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito, una indemnización equitativa a título de reparación moral que pagaría el responsable del hecho [véase el número 736 de este libro]. Aunque este artículo, por el lugar en que estaba colocado, y por su tenor, estrictamente hablando sólo se refería a la responsabilidad delictuosa, debía también aplicarse a la responsabilidad contractual, por identidad de razón [número 936 de este libro] tanto más cuanto que, como dicen Baudry-Lacantinerie y Barde: "Sin duda no hay que exagerar la diferencia que existe entre la falta delictuosa y la falta contractual: desde el punto de vista filosófico, consisten, una y otra, en un hecho ilícito" [t. XII, núm. 356, pág. 401].

Después de la reforma de 29 de diciembre de 1982, el Código civil, de manera expresa, determina la obligación de reparar el daño moral en los casos de responsabilidad contractual.

Por lo demás, el código vigente reproduce en su artículo 2116, con ligeras variantes, el artículo 1471 del código de 1884 que hemos transcrito en el número 937 de este libro.

## CAPÍTULO TERCERO

### *La imputabilidad al deudor*

939. *La culpa.* El que no ejecuta la obligación que ha asumido en un contrato no se conduce como debería hacerlo, comete una falta. Así, pues, la sola inejecución proveniente del hecho del deudor constituye una falta, de manera que las expresiones "hecho de inejecución del deudor" y "falta del deudor" son sinónimas [H. y L. Mazeaud, t. I, núm. 669-2, 669-3 y 670. En el mismo sentido podemos citar a Colin et Capitant, t. II, números 775-776; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núms. 355-356 y t. XV, núm. 2865]. Como dice Josserand, el acreedor no tiene sino que probar

la existencia de la obligación y su inejecución; en seguida, al deudor corresponde establecer una causa extraña liberatoria, si la hay [t. II, núm. 613].

El punto de vista expuesto es el adoptado por nuestros códigos en los artículos citados en el número 930 de este libro y en los preceptos siguientes: Código de 1884. "Artículo 1439. Habiendo culpa por parte del deudor, estará éste obligado a la indemnización con arreglo al capítulo IV de este título (que trata de la responsabilidad civil)." "Artículo 1442. La pérdida de la cosa en poder del deudor se presume por culpa suya mientras no se pruebe lo contrario." Este último artículo ha sido reproducido por el 2018 del código de 1928.

Hay dos categorías de culpa contractuales: la no dolosa y la dolosa.

940. *Culpa no dolosa.* Este culpa consiste en una negligencia cometida sin intención de perjudicar [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 454; H. y L. Mazeaud, t. I, núm. 674; Giorgi, t. II, núm. 18].

El código de 1884 en su artículo 1446 y el código de 1928 en su artículo 2025, refiriéndose a la prestación de cosas, dicen que "Hay culpa o negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa o deja de ejecutar los que son necesarios para ella". El artículo 1447 del primero de estos códigos agrega "La calificación de la culpa o negligencia queda al prudente arbitrio del Juez, según las circunstancias del hecho, del contrato y de las personas".

941. *El dolo.* Hay dolo cuando el deudor intencionalmente no ejecuta su obligación, comete esta falta con el deseo de causar un perjuicio a su acreedor [H. y L. Mazeaud, t. I, núm. 674; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 454]. El artículo 1460 del código de 1884 y el artículo 2106 del código de 1928 establecen, respectivamente, que: "La responsabilidad procedente de dolo tiene lugar en todos los contratos." "La responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones."

942. *Antigua gradación de las culpas.* Cuando el deudor ha contraído la simple obligación general de prudencia y diligencia hay que saber qué grado de prudencia y de diligencia se exige, en ausencia de una cláusula del contrato sobre el particular [H. y L. Mazeaud, t. I, núms. 681 y 681-2]. Para resolver este problema los autores del antiguo derecho francés crearon tres categorías de culpas correspondientes a tres categorías de contratos "En los contratos celebrados en interés únicamente del acreedor, tales como el depósito, no declaran al deudor responsable de la inejecución de su obligación sino en el caso en que esta inejecución se deba a una culpa grave, culpa lata, es decir, a una falta que consiste en no aportar al asunto de otro el cuidado que las personas menos cuidadosas y las más estúpidas no dejan de aportar a sus propios negocios. En los contratos celebrados en interés común del acreedor y del deudor, tales como la venta, la responsabilidad del deudor es más grande: responde de toda inejecución debida a una falta ligera, culpa levis, la cual corresponde al cuidado ordinario



que las personas prudentes aportan a sus negocios; también se distinguía de esta culpa levis in abstracto la culpa levis in concreto, consiste en el hecho por el deudor de no aportar a la ejecución del contrato la diligencia que empleaba en sus propios negocios. En fin, en los contratos celebrados únicamente en interés del deudor (comodato, etc.) éste está obligado a la más grande vigilancia, debe reparar el perjuicio que resulta de toda inejecución debida a una falta muy ligera, *culpa levissima*, la cual consiste en no aportar el cuidado que las personas más atentas aportan a sus negocios" [H. y L. Mazeaud, t. I, núm. 682; Pothier, *Traité des obligations*, t. I, número 142].

943. *Nuestros códigos.* En los artículos dedicados a la teoría general de las obligaciones no encontramos adoptadas las tres categorías de culpas mencionadas. Los redactores de nuestro código de 1884 han traducido su voluntad en el artículo 1429 que dice: "El obligado a dar alguna cosa, lo está a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia y a entregarla, bajo la responsabilidad establecida en el capítulo IV de este título", es decir, a la responsabilidad civil. Este artículo adopta el criterio de la culpa leve en abstracto [Planiol, t. II, núm. 237] y el mismo criterio es aplicable a la inejecución de toda obligación [véase H. y L. Mazeaud, t. I, núm. 683].

## CAPÍTULO CUARTO

### *La mora*

### SECCION 1ª CONCEPTO Y EFECTO DE LA MORA

944. *Concepto de la mora.* La mora es el nombre que toma el retardo en el cumplimiento de la obligación [Alves Moreira, vol. II, núm. 39], cuando la ley no tiene en cuenta para apreciar la responsabilidad del deudor [Planiol, t. II, núm. 167]. Se entiende que el retardo debe ser culpable o sea imputable al deudor [Alves Moreira, vol. II, núm. 39, pág. 127; Cunha Gonçalves, vol. IV, pág. 499; Giorgi, t. II, núms. 43 y 44; Ruggiero, t. II, págs. 140 y 141; Chironi, culpa contractual, núm. 98, pág. 279; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 468]. "Unas veces la simple mora representa la total inejecución del contrato y otras veces el contrato puede y debe aún ser ejecutado. Sobre todo, esta segunda hipótesis es la que es mirada en la teoría de la mora" [Cunha Gonçalves, t. IV, pág. 499]. "Para que haya mora es necesario que el cumplimiento de la obligación sea posible... Si el incumplimiento de la obligación se vuelve definitivo, no es la teoría de la mora la que tendrá que aplicarse, sino la de inejecución total de la obligación" [Alves Moreira, vol. II, núm. 39, pág. 128; Giorgi, t. II, núm. 45, pág. 88; Ruggiero, t. II, pág. 140; Chironi, culpa

contractual, núms. 325, 327, 328; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 472, pág. 500; Planiol, t. II, núm. 227].

944 *bis. Efecto de la mora.* De la mora se deriva el efecto de la indemnización de daños y perjuicios [Alves Moreira, vol. II, núm. 39, pág. 131; Días Ferreira, vol. II, pág. 47]. "La constitución en mora no es solamente necesaria para que el acreedor pueda reclamar la indemnización de daños y perjuicios, sino para que tenga derecho a ella... Resulta de este principio que el acreedor no tiene derecho a una indemnización por el perjuicio que ha sufrido con anterioridad a la constitución en mora del deudor" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 468, I. En el mismo sentido H. y L. Mazeaud, *op. cit.*, t. III, núms. 2267 y 2271].

## SECCION 2ª EPOCA EN QUE COMIENZAN LOS EFECTOS DE LA MORA

945. *Código de 1884.* Tratándose de prestaciones de hecho [art. 1423] y también de prestaciones de cosas [art. 1432] hay que distinguir dos casos:

*Primer caso.* La obligación no depende de plazo cierto. El deudor incurre en mora, es decir, le correrá la responsabilidad solamente desde el día en que fuere interpelado [art. 1423, frac. II, 1432 y 1439]. "Se llama interpelación al acto por el cual el acreedor intima o manda intimar al deudor que cumpla con su obligación" [art. 1424]. "El acreedor puede hacer la intimación ante notario o ante dos testigos" [art. 1425]. Este artículo reproduce el 1541 del código de 1870, refiriéndose al cual dice la exposición de motivos: "lo importante en la materia es hacer constar de un modo manifiesto la realidad de la interpelación que estableció el artículo 1541, que no excluye la judicial". La demanda hace veces de interpelación [Días Ferreira, Comentario al art. 711 del código portugués; Planiol, t. II, núm. 169], constituye en mora al deudor [Giorgi, t. II, núm. 53, página 98].

*Segundo caso.* La obligación es a plazo. Desde el vencimiento de éste el deudor incurre en mora o, en otros términos, comienza su responsabilidad [arts. 1423, frac. I, y 1432]. Este precepto consagra el principio de que el día interpela por el hombre, es decir, el vencimiento del plazo hace las veces de interpelación. Concuerda con el código portugués y con el italiano y se separa del de Napoleón [arts. citados en la tabla A]. Según este último, la regla es que aun en las obligaciones que tienen un plazo se requiere interpelación.

"El que se hubiere obligado a no hacer alguna cosa quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención" [art. 1428], es decir, por el simple hecho de la contravención, sin necesidad de interpelación [Cunha Goncalves, t. IV, núm. 571].



Por último, a propósito de mora, nos referimos al artículo 1434, cuyo texto damos a conocer en el número 1014 de este libro.

946. *Código de 1928.* Hay que distinguir: 1º El caso en que la obligación tiene por objeto una prestación de hecho, y 2º El caso en que el objeto es una prestación de dar.

*Primer caso.* Si la obligación de hacer no dependiere de plazo cierto, la responsabilidad comenzará cuando exija el pago el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación [arts. 2104, frac. II, y 2080]. Según el Código de Procedimientos Civiles de 1932, artículo 259, fracción IV, es efecto del emplazamiento producir todas las consecuencias de la interpelación judicial, si por otros medios no se hubiere constituido ya en mora el obligado.

Si la obligación de hacer fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste [art. 2104, frac. I].

"El que contraviene una obligación de no hacer, pagará daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención" [art. 2104, parte final], es decir, sin necesidad de interpelación.

*Segundo caso.* Si la obligación de dar no tuviere plazo cierto, no comenzará la responsabilidad sino después de los treinta días siguientes a la interpelación, que se haga ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos [arts. 2105, segunda parte, y 2080, primera parte]. Si la obligación de dar tuviere plazo fijo comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste [arts. 2105, primera parte, y 2104, fracción I].

### CAPÍTULO QUINTO

### *La indemnización*

947. *Introducción.* La responsabilidad civil, además de importar la devolución de la cosa o su precio o la de entreambos en su caso, importa la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios [código de 1884, art. 1463 y código de 1928, art. 2107] o como se dice generalmente, la indemnización de daños y perjuicios. Esta indemnización en Derecho francés, se designa por las palabras *dommages-intérêts* [Planiol, t. II, número 221 y Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 447].

948. *Quién puede exigir la indemnización.* El código de 1884 responde a esta cuestión en su artículo 1473 diciendo que la responsabilidad civil no puede exigirse sino por el que tiene el derecho de pedir el cumplimiento de la obligación. El código de 1928 no ha reproducido este artículo; implícitamente existe en él la solución que resulta de aplicar los principios generales, así es que el derecho de exigir la indemnización no puede pertenecer sino a las personas que sufren el perjuicio [H. y L. Mazeaud, t. II,

núm. 1866]. Así lo determina nuestro código vigente a propósito de la responsabilidad proveniente de actos ilícitos [art. 1926].

949. *La indemnización compensatoria.* A veces la obligación queda definitivamente inejecutada [Planiol, t. II, núm. 221]. "Se da generalmente, en la doctrina, el nombre de indemnización compensatoria a la que se debe al acreedor en razón de la inejecución de su obligación; bajo su forma ordinaria no es sino la evaluación en dinero del interés que el acreedor tenía en que la obligación fuese ejecutada, la compensación por consiguiente del perjuicio que la inejecución le causa; en lugar de una ejecución en naturaleza, que no es posible, el acreedor obtiene una ejecución en dinero, una ejecución por equivalente" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, número 450].

950. *La indemnización moratoria.* Otras veces el deudor ejecuta la obligación, pero después de retardo más o menos largo [Planiol, t. II, núm. 221]. El cumplimiento retardado puede considerarse como una inejecución parcial [Hémard, t. II, núm. 1487; Josserand, t. II, núm. 602]; es un incumplimiento en el modo [art. 1459 del código de 1884]. "A la indemnización que se debe al acreedor en razón del simple retardo en la ejecución, se le llama indemnización moratoria porque es debida por la demora. Es la evaluación en dinero del interés que el acreedor tenía en que la obligación fuese ejecutada en la época en que debía serlo" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 450; Planiol, t. II, núm. 221].

951. *Suma de las dos indemnizaciones.* La indemnización puede ser a la vez por el perjuicio causado por la inejecución misma y por el que resulta del retardo en la ejecución [Baudry Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 450, nota; Planiol, t. II, núm. 262; Josserand, t. II, núm. 603].

H. y L. Mazeaud ponen este ejemplo: un depositario deja perecer el objeto depositado. Desde este instante está obligado a reparar el daño causado al propietario por la destrucción del objeto; le debe desde ese día indemnización compensatoria, equivalente al valor del objeto. Pero si no cumple inmediatamente con esta obligación, le debe a la víctima, además, la reparación del perjuicio que haya podido causarle por su retardo [t. III, núm. 2323, pág. 369].

952. *Las dos nociones de indemnización.* Las nociones de indemnización compensatoria y moratoria no se encuentran textualmente en nuestros códigos; sin embargo, existen porque están basadas en la naturaleza de las cosas.

953. *Carácter pecuniario de la indemnización.* Enseñan Colin y Capitant que "la indemnización de daños y perjuicios consiste siempre en la atribución de una suma de dinero destinada a compensar el daño causado



por el retardo o por la inejecución. El código civil no enuncia expresamente esta regla, se puede decir que todos los artículos relativos a la indemnización de daños y perjuicios la admiten implícitamente" [t. II, núm. 102]. En el mismo sentido están Planiol [t. II, núm. 224]; Hémard [t. II, núm. 1487] y Planiol, Ripert, Esmein, Radouant y Gabolde [t. VII, núm. 822] y el artículo 85 del Código de Procedimientos Civiles. En sentido contrario pueden verse otros autores [por ejemplo, Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 449], así como el artículo 1915 del código de 1928.

954. *Acumulación de la indemnización con la ejecución.* "En el caso de inejecución definitiva, siendo la indemnización en dinero la compensación del daño experimentado por el acreedor a consecuencia de la inejecución de la obligación, es claro que esta indemnización jamás puede acumularse con la ejecución efectiva." "Por consiguiente, si ha habido una ejecución parcial útil para el acreedor, la condenación a la indemnización de daños y perjuicios no puede pronunciarse sino teniendo en cuenta la ventaja que ha sacado de la ejecución incompleta y esta ventaja debe deducirse del monto de la indemnización que se habría debido en caso de inejecución total" [Planiol, t. II, núms. 257 y 258].

La indemnización moratoria de daños y perjuicios tiene por carácter esencial acumularse necesariamente con la ejecución efectiva de la obligación, puesto que representa el perjuicio que resulta del retardo, perjuicio que no desaparece por la ejecución ulterior de la obligación [Planiol, t. II, núm. 261]. A esta indemnización se refieren los artículos siguientes: el 1350 del código de 1884 y el 1949 del código de 1928, según los cuales, en los contratos bilaterales si uno de los obligados no cumpliere su obligación, el perjudicado podrá exigir el cumplimiento de ella con el resarcimiento de daños y perjuicios. Además, el artículo 1421 del código de 1884 establece que si el obligado en un contrato dejare de cumplir su obligación, podrá el otro interesado exigir judicialmente el cumplimiento de lo convenido y el pago de daños y perjuicios.

## CAPÍTULO SEXTO

### *La pérdida o el deterioro de la cosa*

955. *Obligación de dar.* Dice el artículo 1429 del código de 1884: "El obligado a dar alguna cosa lo está a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia y a entregarla, bajo la responsabilidad establecida en el capítulo IV de este título", es decir, de la responsabilidad civil.

956. *Culpa del deudor.* "Hay culpa o negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa, o deja de ejecutar los que son necesarios para ella" [art. 1446 del código de 1884 y art. 2025 del código de 1928].

"La calificación de la culpa o negligencia queda al prudente arbitrio del juez, según las circunstancias del hecho, del contrato y de las personas" [artículo 1447 del código de 1884].

"La pérdida de la cosa en poder del deudor se presume por culpa suya mientras no se pruebe lo contrario" [arts. 1442 del código de 1884 y 2018 del código de 1928].

957. *La indemnización.* En los casos de enajenación con reserva de la posesión, uso o goce de la cosa hasta cierto tiempo, si la pérdida fuere por culpa del deudor, el importe será de la responsabilidad de éste, salvo convenio expreso en contrario [arts. 1448 del código de 1884 y 2023 del código de 1928].

"Si la cosa se ha perdido o ha sufrido un detrimento tan grave que, a juicio de peritos, no pueda emplearse en el uso a que naturalmente está destinada, el dueño debe ser indemnizado de todo el valor legítimo de ella" [art. 2112 del código de 1928. Este artículo reproduce el 1467 del código de 1884, sustituyendo la palabra "deterioro" por "detrimento"].

"Si el deterioro es menos grave, sólo el importe de éste se abonará al dueño al restituirse la cosa" [art. 2113 del código de 1928 y art. 1468 del código de 1884, que dice "restituírsele"].

"El precio de la cosa será el que tendría al tiempo de ser devuelta al dueño, excepto en los casos en que la ley o el pacto señalen otra época" [arts. 2114 del código de 1928 y 1469 del código de 1884].

"Al estimar el deterioro de una cosa se atenderá no solamente a la disminución que él causó en el precio de ella, sino a los gastos que necesariamente exija la reparación" [art. 2115 del código de 1928, concordante con el artículo 1470 del código de 1884, con ligeras variantes en las palabras].

A los preceptos citados hay que agregar los artículos 1471 del código de 1884 y 2116 del código de 1928, cuyo texto hemos copiado en el número 937 de este libro y al cual nos hemos referido en el número 938.

## CAPÍTULO SÉPTIMO

### *Las obligaciones de dinero*

958. *Limitación.* Según el artículo 1451 del código de 1884: "Si la prestación consistiere en el pago de cierta cantidad de dinero, los daños y perjuicios que resultaren de la falta de cumplimiento, no podrán exceder del interés legal, salvo convenio expreso en contrario." En los mismos términos está concebida la segunda parte del artículo 2117 del código de 1928 con la supresión de la palabra "expreso".

Como se ve, cuando se trata de una deuda que tiene por objeto dinero, no está modificada la regla general según la cual al acreedor toca demostrar que ha sufrido daño o perjuicio y demostrar también el monto de éstos [véase núm. 939 de este libro]. Lo que hay de peculiar en el caso es que el monto de la indemnización no podrá exceder del interés legal, que es el seis por ciento anual según el código de 1884 [art. 1482] y el nueve por ciento anual según el código de 1928 [art. 2395].



959. *Interpelación.* El artículo 1433 del código de 1884 dice: "Queda exceptuado de lo prevenido en dicho artículo (1423), el pago que se haga en dinero sin réditos, en cuyo caso habrá lugar a la indemnización por daños y perjuicios en la forma prevenida en el artículo 1451, sólo desde el día en que el deudor fuere interpelado." Encontramos en el caso especial que prevé este artículo una derogación a las reglas generales [ver núms. 945 y 946 de este libro], supuesto que se exige de manera absoluta que haya una interpelación. Días Ferreira, refiriéndose a los pagos en dinero gratuitos que deriven de mutuo o de otro contrato, dice que "no pueden reclamarse las pérdidas y los daños, sin interpelación, por la presunción de que el mutuante que hace el préstamo gratuitamente, no retira el beneficio al mutuario aun después de transcurrido el plazo del contrato, sin hacerle constar en los términos del artículo, su voluntad de que se le reembolse la cantidad prestada" [t. II, pág. 47].

El código de 1928 no reproduce el artículo 1433 del código de 1884. En lugar de éste, el Código de Procedimientos Civiles vigente previene: "Artículo 259. Los efectos del emplazamiento son... V. Originar el interés legal en las obligaciones pecuniarias sin causa de réditos."

960. *Indemnización moratoria.* "La falta de pago de una suma de dinero no da lugar a una indemnización compensatoria; como el objeto primitivo de la deuda es ya dinero, la cifra del perjuicio que sufre el acreedor está fijada de antemano; su pérdida es igual a la suma que le era debida... Las deudas de dinero no pueden dar lugar sino a indemnización moratoria" [Planiol, t. II, núm. 224].

## TÍTULO SEGUNDO

# LOS CONVENIOS DE RESPONSABILIDAD

### CAPÍTULO PRIMERO

### *La cláusula penal*

961. *En qué consiste.* "La responsabilidad civil puede ser regulada por convenio de las partes, salvo aquellos casos en que la ley disponga expresamente otra cosa" [arts. 2117 del código de 1928 y 1472 del código de 1884]. Esta regulación es lo que se llama cláusula penal o pena convencional.

"Pueden los contratantes estipular cierta prestación como pena para el caso de que la obligación no se cumpla o no se cumpla de la manera convenida. Si tal estipulación se hace, no podrán reclamarse, además, daños y perjuicios" [art. 1840 del código de 1928, concordante en esencia con el art. 1311 del código de 1884]. Y es que la pena convencional sustituye a la indemnización de los daños y perjuicios [Planiol, t. II, núm. 255].

962. *Utilidad de la cláusula.* Es sabido que en la práctica las indemnizaciones de daños y perjuicios son, en general, muy difíciles de lograrse. No siempre se puede demostrar que el daño o el perjuicio efectivamente ha sido causado inmediata y directamente por el incumplimiento de la obligación y cuál es su monto. Para evitar estas dificultades, a veces los contratantes, previendo la inejecución de la obligación o la ejecución tardía, fijan de antemano el monto de la indemnización que debe corresponder a ese incumplimiento. Cuando se estipula una pena, se tiene la ventaja de que si el obligado falta al cumplimiento de su obligación, el acreedor no tiene que demostrar que este incumplimiento le causó algún daño o perjuicio. Por esta razón el artículo 1842 del código de 1928 previene que "al pedir la pena el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno". Tampoco tiene que probar el acreedor cuál es el monto del daño, sino que con sólo demostrar que el deudor no ha cumplido con su obligación, puede exigir el pago de la pena [Planiol, tomo II, núms. 255].



963. *Carácter accesorio.* El artículo 1312 del código de 1884 dice que: "La nulidad del contrato importa la de la cláusula penal; mas la nulidad de ésta no importa la del aquél." Días Ferreira, en su comentario al artículo 674 del código portugués, se expresa así: "La cláusula penal... sigue como accesorio la suerte de lo principal... sólo vale cuando el contrato subsiste por sí, independientemente de la pena, porque lo contrario sería dar a las partes el medio indirecto de hacer valer contratos reprobados por la ley" [t. II, pág. 22]. En el mismo sentido puede verse Planiol [t. II, número 254].

El primer párrafo del artículo 1841 del código de 1928 establece que "La nulidad del contrato importa la de la cláusula penal; pero la nulidad de ésta no acarrea la de aquél." Barros Errázuriz, refiriéndose a igual precepto del código chileno, lo comenta diciendo: "La cláusula penal... es... por su naturaleza una cosa que sigue la suerte de la obligación principal" [t. II, núm. 70].

Al tratar del carácter accesorio de la cláusula penal, el código de 1928 contempla en los párrafos segundo y tercero del citado artículo 1841 reglas especiales para los casos de promesa por otra persona y de estipulación a favor de otro [Barros Errázuriz, t. II, núm. 70].

"Sin embargo, cuando se promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena aunque el contrato no se lleve a efecto por falta del consentimiento de dicha persona" [párrafo 2º del art. 1841]. "En efecto, el hecho de que la tercera persona no haya ratificado la obligación indica que ella no se obliga; pero no destruye el vínculo obligatorio ya contraído entre los dos que estipularon y, por lo tanto, el que válidamente prometió por otro y no logró que éste ratificara, debe pagar la pena que se impuso" [Barros Errázuriz, t. II, núm. 70. Véanse, además, los núms. 514 y 528 de este libro].

"Lo mismo sucederá cuando se estipule con otro a favor de un tercero y la persona con quien se estipule se sujete a una pena para el caso de no cumplir lo prometido" [párrafo 3º del art. 1841]. En este caso, mediante la cláusula penal cuya validez reconoce el párrafo que se acaba de citar, puede el que contrató, aunque no lo haya hecho en beneficio propio, exigir el cumplimiento de la cláusula penal [ver Barros Errázuriz, t. II, núm. 70. Véase, además, el núm. 551 de este libro].

964. *Relación entre el valor de la obligación y la pena.* "La cláusula penal no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal" [arts. 1313 del código de 1884 y 1843 del código de 1928]. Puede decirse que aquí se considera la pena como el cumplimiento por equivalencia de la obligación misma, sustituyendo a la indemnización compensatoria y en este concepto, lógico es que no se pueda exigir por la vía indirecta más que lo exigible por la directa.

"Si la obligación fuere cumplida en parte, la pena se modificará en la misma proporción" [arts. 1314 del código de 1884 y 1844 del código de

1928]. "Si la modificación no pudiere ser exactamente proporcional, el juez reducirá la pena de una manera equitativa, teniendo en cuenta la naturaleza y demás circunstancias de la obligación" [arts. 1315 del código de 1884 y 1845 del código de 1928].

965. *No acumulación del cumplimiento de la obligación y de la pena.* El código de 1884 en su artículo 1316 así lo establece cuando dice: "El acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación o el de la pena, pero no ambos; salvo convenio en contrario." Es de suponerse que este artículo, en su primera parte, lo que tiene en cuenta es la indemnización compensatoria estimada por los contratantes [véase Planiol, t. II, núm. 263 y Giorgi, t. IV, núm. 459]. Por eso, refiriéndose en realidad a ella dice que el acreedor no puede exigir el cumplimiento de la obligación y el de la pena. Las últimas palabras "salvo convenio en contrario" se refieren al caso en que se estipule una pena por el simple retardo; entonces se podrá exigir el cumplimiento de la obligación y además la pena convencional. [En este sentido, García Goyena, t. III, pág. 115; Planiol, t. II, núm. 263, y Giorgi, tomo IV, núm. 459].

La teoría expuesta es la consagrada por el código de 1928 en su artículo 1846, del tenor siguiente: "El acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación o el pago de la pena, pero no ambos; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación, o porque ésta no se preste de la manera convenida."

## CAPÍTULO SEGUNDO

### *La cláusula de no responsabilidad*

966. *Caso de dolo.* "Es nulo el pacto en que se renuncia para lo futuro el derecho de exigir la responsabilidad que proviene de dolo" [artículo 1461 del código de 1884] o, en otros términos: "La responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de hacerla efectiva es nula" [art. 2106 del código de 1928].

967. *Caso de culpa.* ¿Puede pactarse que la falta de cumplimiento de un contrato cuando el deudor obre tan sólo con culpa no dará derecho al acreedor para exigirle indemnización de daños y perjuicios? Nuestros códigos no han prohibido en este caso la renuncia, como lo han hecho tratándose de dolo, por lo que podemos suponer que no es ilícita la renuncia a la indemnización. A este respecto, dice Hémard [t. II, núm. 1434]: "En materia contractual las cláusulas de no responsabilidad son válidas; el deudor puede declarar al acreedor, sea que no responderá de la ejecución de su obligación (cláusula exclusiva de responsabilidad o de no responsabilidad), sea que no responderá sino de una manera restrictiva o hasta la



concurrencia de cierta cifra (cláusula limitativa de responsabilidad, cláusula penal). Se explica esta validez porque al obligarse cada parte puede fijar el alcance y la extensión de su obligación y si su contratante encuentra que el contrato le es demasiado desfavorable, queda en libertad para no tratar, al menos fuera de ciertos contratos de adhesión..." *[loc. cit.].*

968. *Límite.* El mismo autor señala como límite para la validez de las cláusulas de irresponsabilidad contractual los casos de dolo y de falta grave que es asimilable al dolo [t. II, núm. 1434]. En el mismo sentido Colin y Capitant [t. II, núm. 85]; Baudry-Lacantinerie et Barde [t. IV, núm. 2869]; Planiol [t. II, núm. 245]; Josserand [t. II, núm. 624] Planiol, Ripert y Esmein [t. VI, número 405]; Lalou *[op. cit.,* núms. 517-527] y P. Esmein, "Les clauses de non responsabilité" [Rev. Trim. de D. C., t. XXV, página 322].

## *SEGUNDA DIVISION*

## INCUMPLIMIENTO NO IMPUTABLE AL DEUDOR

### TÍTULO TERCERO

### EL CASO FORTUITO O LA FUERZA MAYOR

969. *Tabla A*

C. a. 1317.—C. P. 677.—C. v. 1847.
„ „ 1440.—G. 1160, párrafo 3º.
„ „ 1441.—G. 1160, párrafo 4º—C. N. 1302.
„ „ 1443.—G. 1162.—C. N. 1302.—C. v. 2019.
„ „ 1444.—G. 1163.—C. N. 1303.—C. v. 2020.
„ „ 1448.—Proyecto del C. P. (Días Ferreira, t. II, pág. 50)—C. v. 2023.
„ „ 1459.—G. P. 705.—C. N. 1147 y 1148.
„ „ 1462.—G. 1014.—C. N. 1148.—C. v. 2111.

970. *Tabla B*

C. v. 1847.—C. a. 1317.
„ „ 2019.—C. a. 1443.
„ „ 2020.—C. a. 1444.
„ „ 2022.—C. B. 876.—C. Arg. 603.
„ „ 2023.—C. a. 1448.
„ „ 2111.—C. a. 1462.

971. BIBLIOGRAFIA. GARCÍA GOYENA: *comentarios a los artículos citados en la tabla A;* PLANIOL, t. II, núms. 231-233 et 620-629; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XII, núms. 455-467 et t. XIV, 1916-1927; COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 81, 82, 84 et 356; JOSSERAND, t. II, núms. 451-453 et 614-617; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, t. VI, núms. 382-390 et t. VII, núms. 1314-1323; HÉMARD, t. II, núms. 1501-1507; LAURENT, t. XVI, núms. 257-278 et 508-525; DEMOLOMBE, t. I, núms. 552-564; AUBRY et RAU, t. IV, párrafos 308 et 331; DEMOGUE, t. VI, núms. 530-631; BONNECASE: *Supplèment*, t. III, núms. 239-316; BONNECASE: *Précis*, t. II, núms. 354-388; MAZEAUD: *Traité Theorique et Pratique de la*



*Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*, t. II, núms. 1540-1621; ESCRICHE: *Palabras, caso fortuito y fuerza mayor;* MANRESA, t. VIII, págs. 88-97 y págs. 335-355; CUNHA GONÇALVES, t. IV, núm. 563; ALVES MOREIRA, t. II, núm. 38; GIORGI, t. II, núms. 8-17 y t. VIII, núms. 122-140; POLACCO, t. I, núms. 82-87; CHIRONI: *Culpa contractual*, núms. 308-316 y 317-320.

972. *Noción.* Hay veces en que el incumplimiento de la obligación no puede ser imputable al deudor, porque éste se ve impedido de cumplir a causa de un acontecimiento que está fuera del dominio de su voluntad [Bonnecase, *Précis*, t. II, núm. 354], que no ha podido prever o que aun previéndolo no ha podido evitarlo [García Goyena, comentario al art. 1014 del proyecto de código español]. A un acontecimiento de esta naturaleza se le llama en Derecho caso fortuito o fuerza mayor.

973. *Caracteres.* El caso fortuito o la fuerza mayor "debe constituir un obstáculo imprevisible, general (salvo cuando se trate de la ejecución de un hecho personal), absoluto y algunas veces definitivo" [Hémard, t. II, número 1502].

Imprevisibilidad. Cuando el hecho podía ser previsto y debían haberse tomado disposiciones para evitarlo, el deudor está en falta y por lo mismo no hay caso fortuito o fuerza mayor [Planiol, Ripert, Esmein, t. VI, número 382, pág. 531 y Demogue, t. VI, núm. 538, pág. 575].

Generalidad. "El carácter de generalidad de la fuerza mayor no se exige sino de un deudor de prestación no personal. No basta que la ejecución de la obligación sea imposible, es necesario que lo sea para todo el mundo; un arrendatario no puede invocar como fuerza mayor, para sustraerse a las obligaciones de su arrendamiento, los bombardeos enemigos en una ciudad que no ha sido evacuada y en la que otros arrendatarios continúan habitando" [Hémard, t. II, núm. 1504].

Imposibilidad absoluta y defintiva. "La fuerza mayor debe dar por resultado una imposibilidad completa y definitiva y no una dificultad o un retardo de ejecución. No basta con que la ejecución se haya hecho más difícil o más onerosa, puede haber allí desequilibrio en las prestaciones, no fuerza mayor" [Hémard, t. II, núm. 1505]. Hay imposibilidad absoluta en el caso en que un temblor de tierra destruya el objeto depositado. En caso de huelga, no hay imposibilidad absoluta de ejecución, a no ser que todos los obreros de la misma profesión hayan dejado el trabajo y el industrial no tenga manera de procurarse de otros industriales los productos que tiene que entregar en un día fijo. La imposibilidad es definitiva cuando no debe cesar después de cierto tiempo [Hémard, lugar citado].

974. *Dos categorías.* "Los casos fortuitos o de fuerza mayor pueden distribuirse en dos categorías. Unos tienen el carácter de accidentes naturales, como las enfermedades, la muerte, el rayo, el granizo, la helada, las nevadas muy abundantes, las inundaciones, los temblores de tierra, etc.

Otros constituyen hechos del hombre; citaremos la guerra, la invasión, el bombardeo, el bloqueo, los ataques de bandidos, los abusos de la fuerza, los robos... En esta segunda categoría entra el hecho del Príncipe. Se entiende por este término genérico todos los impedimentos que resultan de un orden o de una prohibición que emana de la autoridad pública... A título de ejemplos, indicaremos la supresión de una industria por un acto del poder superior... el acto del Gobierno que prohibe la exportación del trigo... el decreto de expulsión dictado contra un extranjero" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núms. 455 y 455-1].

Nuestros códigos equiparan al caso fortuito el hecho del acreedor del que provenga la falta de cumplimiento de la obligación [ver art. 1459 del código de 1884 y art. 2017, frac. III y art. 2023, frac. II del código de 1928].

975. *¿Hay diferencia entre el caso fortuito y la fuerza mayor?* Se ha llamado caso fortuito al acontecimiento de la naturaleza y fuerza mayor al hecho del hombre [autores citados por Demogue, t. VI, núm. 612, página 663]. Otros autores establecen diversas distinciones entre caso fortuito y fuerza mayor. [Véanse Josserand (t. II, núm. 451), Colin y Capitant (t. II, núm. 81), Planiol, Ripert y Esmein (t. VI, núm. 382), Cunha Gonçalves (t. IV, núm. 563), Alves Moreira (t. II, pág. 122)]. Planiol considera que se debe emplear la expresión caso fortuito cuando se quiere designar el origen externo del obstáculo que ha impedido la ejecución de la obligación y que al contrario se debe emplear la expresión fuerza mayor para indicar la naturaleza insuperable del obstáculo y que ambas expresiones corresponden a dos ideas diferentes a propósito del mismo hecho [t. II, núm. 231].

Hay que advertir que cualquiera que sea el sentido en que se tomen las expresiones caso fortuito y fuerza mayor sus efectos jurídicos son los mismos, y, en consecuencia, no hay interés en hacer distinción entre ellas [ver Alves Moreira, t. II, pág. 122; Colin et Capitant, t. II, núm. 81, página 73].

Baudry-Lacantinerie et Barde dicen que en el lenguaje de la ley las expresiones caso fortuito y fuerza mayor son sinónimas [t. XII, núm. 455]. En el mismo sentido deciden H. y L. Mazeaud [t. II, núm. 1559], Bonnecase *[Supplèment*, t. III, núms. 264 y 268], Hémard [t. II, núm. 1501]; Giorgi [t. II, págs. 34 y 35], Escriche [palabras "caso fortuito" y "fuerza mayor"] y García Goyena, el cual se expresa en estos términos: "Casos fortuitos son los que no pudieron preverse o previstos no pudieron evitarse, la citada ley 6 del Código, la 18, título 6, libro 13 del Digesto, y la 11, título 33, Partida 7. En latín se llamaban también fuerza mayor, casos mayores; y en este código se usa alguna vez de la primera expresión" [Comentario al artículo 1014 del proyecto de código español]. Ahora bien, como la mayor parte de los artículos de nuestros códigos citados en las tablas A y B de este título tienen como origen el proyecto de código español, debemos concluir que las palabras caso fortuito y fuerza mayor son sinónimas en nuestro derecho civil.



976. *Efectos.* Cuando el deudor se ve imposibilitado de cumplir su obligación por caso fortuito o fuerza mayor, según la máxima conocida que dice que a lo imposible nadie está obligado, ese deudor queda liberado de su obligación [Planiol, t. II, núm. 620].

El código de 1928 en su artículo 2017, fracs. III y V, hace una aplicación de la citada máxima diciendo: "III. Si la cosa se perdiere por culpa del acreedor, el deudor queda libre de la obligación." "V. Si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación queda sin efecto." En consecuencia, el deudor tampoco queda sujeto a cumplir la obligación por equivalente [Hémard, t. II, núm. 1501] o en otros términos, no estará obligado a indemnización de los daños o perjuicios que se hubieren causado al acreedor [parte final del art. 1459 del código de 1884, art. 1462 del mismo código y su correlativo 2111 del código de 1928]. Por lo mismo, tampoco estará obligado a pagar pena convencional [artículos 1317 del código de 1884 y 1847 del código de 1928]. En los artículos que hemos citado se equipara al caso fortuito el hecho del acreedor. En consecuencia: "Si la cosa se perdiere por culpa del acreedor, el deudor queda libre de la obligación. Si se deteriorare por culpa del acreedor, éste tiene obligación de recibir la cosa en el estado en que se halle" [código de 1928, art. 2017, fracs. III y IV].

977. *Excepciones.* Hay casos en los que, no obstante que el incumplimiento se debe a caso fortuito, subsiste la responsabilidad del deudor: 1º Si el deudor ha dado causa o ha contribuido a él [arts. 1459 y 1462 del código de 1884 y 2111 del código de 1928]. En estos casos, en realidad, hay culpa imputable al deudor [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, número 460; Giorgi, t. II, núm. 9, pág. 41]. 2º Si el deudor ha aceptado expresamente que será responsable de los daños y perjuicios que se originaren por incumplimiento, aun cuando éste se deba a caso fortuito o fuerza mayor [arts. 1440 y 1462 del código de 1884 y 2111 del código de 1928]. Según el código vigente, la misma responsabilidad tiene el deudor cuando la ley se la impone [art. 2111].

978. *Efecto de la mora del deudor.* Según el artículo 1439 del código de 1884: "Habiendo... mora por parte del deudor, estará éste obligado a la indemnización con arreglo al capítulo IV de este título" (De la responsabilidad civil) y según el artículo 1441 del mismo código: "Aunque el deudor se haya constituido en mora, si no se ha obligado a responder de los casos fortuitos, la obligación se extinguirá siempre que se pruebe que la cosa se hubiera perdido igualmente en poder del acreedor."

979. *Deuda procedente de delito o falta.* Nuestros códigos, después de establecer que la pérdida de la cosa en poder del deudor se presume por culpa suya mientras no se pruebe lo contrario [art. 1442 del código de 1884 y 2018 del código de 1928] previenen lo que sigue: "Cuando la deuda de una cosa cierta y determinada procediere de delito o falta, no se eximirá el deudor del pago de su precio, cualquiera que hubiere sido el motivo de la pérdida; a no ser que, habiendo ofrecido la cosa al que debió recibirla, se haya éste constituido en mora" [arts. 1443 del código de 1884 y 2019 del código de 1928]. Este artículo se refiere al caso de la pérdida de una cosa que se debe por quien ha cometido un delito o falta previsto por el Código Penal [véase el art. 1302 del código Napoleón y la parte final del comentario de García Goyena al artículo 1162 del proyecto de código español]. En tal caso, el que ha cometido el delito o la falta, por ejemplo, el ladrón responde de todos los casos fortuitos sin distinción, aun de aquellos que hubieran igualmente hecho perecer la cosa en manos de su propietario [Planiol, t. II, núm. 626; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIV, núm. 1925 y autores citados por éstos].

980. *Cesión de los derechos nacidos de la pérdida de la cosa.* Según el artículo 2020 del código de 1928: "El deudor de una cosa perdida o deteriorada sin culpa suya, está obligado a ceder al acreedor cuantos derechos y acciones tuviere para reclamar la indemnización a quien fuere responsable." La misma disposición se encuentra en el artículo 1444 del código de 1884, el cual sólo habla de cosa perdida, pero no de cosa deteriorada. Este artículo proviene de Pothier [*Obligations*, núm. 670]. Su disposición se comprendía muy bien en este autor, porque en la época en que escribía, el deudor del cuerpo cierto quedaba propietario de él hasta la entrega. Hoy, al contrario, ya lo sabemos [véase núm. 157 de este libro], el acreedor de un cuerpo cierto llega a ser casi siempre propietario desde el momento del contrato; por consiguiente, las acciones de indemnización contra el tercero autor de la pérdida nacen en su persona y no en la del deudor, el que por lo mismo en general no tiene necesidad del cedérselas [Colin y Capitant, t. II, núm. 356; Planiol, t. II, núm. 628; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIV, núm. 1926]. Sin embargo, los artículos citados pueden tener aplicación en los casos en que una obligación de dar un cuerpo cierto, se haya contraído con un convenio especial dejando para más tarde la trasmisión de la propiedad [Planiol, t. II, núm. 628]. Entonces en la persona del deudor será en la que tome nacimiento la acción contra el delincuente y deberá ceder esta acción al acreedor.

## *TERCERA DIVISION*

# EL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES NACIDAS DE CONTRATOS BILATERALES

### TÍTULO CUARTO

## LA RESOLUCION O RESCISION

981. *Tabla A*

C. a. 1349.—G. 1042.—C. N. 1184.—C. I. 1165.—C. v. 1949.
" " 1350.—G. 1042.—C. N. 1184.—C. I. 1165.—C. v. 1949.
" " 1421.—Es confirmación del 1350, según la exposición de motivos del código de 1870.

982. *Tabla B*

C. v. 1949.—C. E. 1124.—G. 1042.—C. N. 1184.—C. I. 1165.—C. a. 1349 y 1350.

983. BIBLIOGRAFIA. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XIII, núms. 900-962; BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis*, t. II, núms. 169-177; HÉMARD, t. II, núms. 1545-1563; LAURENT, t. XVII, núms. 122-170; PLANIOL, t. II, núms. 1307-1324; RIPERT et BOULANGER, t. II, núms. 507-543; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, t. VI, núms. 410, 411 et 420-437; La misma obra, 2e. éd., 1952, t. VI, núms. 410, 411 et 420-437; JOSSERAND, t. II, núms. 374-390; JOSSERAND: *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, núms. 240-242; DEMOLOMBE, t. II, núms. 481-565; POTHIER: *Traité des Obligations*, núm. 672; POTHIER: *Traité de la Vente*, núms. 459 et 475; GAUDEMET, págs. 414-421; BONNECASE: *Précis*, t. II, núm. 630; CAPITANT: *De la cause des obligations*, núms. 147-160; MARTY: *Droit Civil*, 2e. année, 1951-1952; SAVATIER: *Cours de Droit Civil*, 2e. éd., 1949, núms. 186-196; RIPERT: *La regle morale*, etc., 2e. éd. y 4e. éd., núm. 76; PICARD et PRUDHOMME: *De la resolution judiciaire par inexecution*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, t. XI, année 912, pág. 61; GIORGI, t. IV, núms. 204-222; MANRESA, t. VIII, págs. 148-152; DIEGO, t. II, pág. 697 y t. IV, pág. 183; DE BUEN: notas a la traducción española de la obra de Colin et Capitant, t. III, pág. 362, nota núm. 416 y pág. 701, nota núm. 489; CASTÁN-TOBEÑAS: *Derecho Civil Es-*

*pañol común y foral*, 5ª ed., t. II, págs. 473-476 y 7ª ed., t. III, pág. 62 y sigs.; PUIG PEÑA, t. IV, págs. 93, 94 y 96 a 100; ESCRICHE: palabras "*Pacto de la ley comisoria*"; GIRARD, pág. 760; MAYNZ, t. II, párrafo 249, pág. 374; ORTOLAN, t. III, núm. 1484; RUGGIERO, vol. II, págs. 302 y sigs.; DEGNY: *Lezioni di Diritto Civile, La compravendita*, 1930, págs. 115-117; DEGNY: *La compravendita*, 3ª ed. 1939, núm. 59, págs. 181-183.

## CAPÍTULO PRIMERO

### *Nociones preliminares*

984. *Definición del pacto comisorio.* "Se llama pacto comisorio la cláusula por la cual las partes convienen en que el contrato será resuelto si una u otra de ellas no cumple con su obligación. El pacto comisorio no es sino una condición resolutoria de naturaleza particular" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 900].

985. *Derecho Romano.* "Los principales convenios en virtud de los cuales el contrato de venta puede ser afectado por una condición resolutoria son: 1º la *lex commissoria*, por la cual el vendedor se reserva el derecho de rescindir la venta si no le es pagado el precio. Esta cláusula le permite no quedar indefinidamente ligado por el contrato, de recobrar, por falta de pago, su libertad de acción" [Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 7e. éd., págs. 760 y 761].

985 *bis. Derecho Canónico.* Los canonistas, colocándose desde un punto de vista moral, han considerado como una falta a la buena fe reclamar la ejecución de una obligación cuando no se había hecho lo que se debía... La resolución tenía el carácter de un castigo por la mala fe. Al mismo tiempo, los canonistas han notado que en los contratos, esta resolución era conforme a la voluntad probable de las partes... Había pues aquí un doble fundamento de la regla [Ripert et Boulanger, t. II, núm. 511].

986. *Antiguo Derecho francés.* En Francia, en los países de costumbres, en el silencio del convenio, el pacto comisorio se consideraba sobreentendido: al lado del pacto comisorio expreso, el antiguo derecho consuetudinario admitía, pues, el pacto comisorio tácito... Pothier explica muy claramente que por un motivo de equidad es por el que la condición resolutoria tácita fue admitida. Como, las más veces, dice él, no se puede sin grandes gastos, hacerse pagar de sus deudores... se admite a un vendedor que demande la resolución del contrato de venta por causa de falta de pago del precio, aunque no haya pacto comisorio. Una vez aceptada por la jurisprudencia francesa la condición resolutoria tácita, fue extendida naturalmente a los otros contratos sinalagmáticos [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 900].



## CAPÍTULO SEGUNDO

### *El pacto comisorio tácito*

## SECCION 1ª CARACTER JURIDICO Y FUNDAMENTO DE LA RESOLUCION

### I. CÓDIGO DE 1884

987. *Textos legales:*

a) *Código Napoleón.* "Artículo 1184. La condición resolutoria está siempre sobreentendida en los contratos sinalagmáticos, para el caso en que una de las dos partes no satisfaga su obligación. En este caso, el contrato no es resuelto de pleno derecho. La parte respecto de la cual la obligación no se ha cumplido, tiene la elección o de forzar a la otra a la ejecución del contrato cuando es posible, o de demandar la resolución con indemnización de daños y perjuicios. La resolución debe ser demandada judicialmente y puede concederse al demandado un plazo según las circunstancias."

b) *Proyecto de código civil español de 1851.* "Artículo 1042. La condición resolutoria va siempre implícita en los contratos bilaterales, para el caso de que uno de los contrayentes no cumpliere su obligación. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento de la obligación o la resolución del contrato, con el resarcimiento de daños y abono de intereses, pudiendo adoptar este segundo medio aun en el caso de que, habiendo elegido el primero, no fuere posible el cumplimiento de la obligación. El tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que lo autorice para señalar el plazo."

c) *Código de 1884.* "Artículo 1349. La condición resolutoria va siempre implícita en los contratos bilaterales, para el caso de que uno de los contrayentes no cumpliere su obligación." "Artículo 1350. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento de la obligación o la resolución del contrato con el resarcimiento de daños y abono de intereses; pudiendo adoptar este segundo medio, aun en el caso de que habiendo elegido el primero, no fuere posible el cumplimiento de la obligación." "Artículo 1421. Si el obligado en un contrato dejare de cumplir su obligación, podrá el otro interesado exigir judicialmente el cumplimiento de lo convenido o la rescisión del contrato, y en uno y otro caso el pago de daños y perjuicios." Como se ve, con el artículo 1184 del código Napoleón concuerda el artículo 1042 del proyecto del código civil español de 1851 y así lo reconoce García Goyena en su comentario a dicho artículo 1042 de ese proyecto Y el artículo 1184 del código Napoleón así como el artículo 1042 del proyecto de código español son los orígenes de los artículos preinsertos de nuestro código de 1884.

988. *Doctrina.* Según los textos legales transcritos en el párrafo anterior, la resolución de que tratan es el resultado de una condición resolutoria tácita en los contratos bilaterales y su fundamento es la interdependencia entre las obligaciones recíprocas que nacen de esa especie de contratos. [Véase el núm. 203 de este libro.] Los conceptos que acabo de exponer están corroborados por la doctrina que cito a continuación.

988 *bis. Comentario de García Goyena.* La condición resolutoria va implícita y se sobreentiende en todos los contratos bilaterales, porque se presume que ninguno quiere quedar obligado sino en el caso de que la otra parte cumpla su obligación [t. III, pág. 80].

988 *ter. Autores franceses:*

a) *Bonnecase.* "La condición resolutoria no tiene necesidad de ser siempre prevista de manera expresa. El artículo 1184 la sobreentiende en estos términos en los contratos sinalagmáticos..." *[Précis,* t. II, núm. 630].

b) *Hémard.* "La obligación de cada parte sirve de condición a la obligación de la otra... La resolución reposa sobre la noción de condición; todo contrato sinalagmático implica una condición resolutoria tácita, pero la resolución debe ser demandada judicialmente" [art. 1184, párrafo 3, t. II, número 1549].

c) *Laurent* dice que cada contratante se obliga bajo la condición de que el otro cumpla con su obligación.

d) *Baudry-Lacantinerie et Barde.* "La ley, interpretando la voluntad de las partes que celebran un contrato sinalagmático, supone que tácitamente han convenido en que, si una de ellas no ejecuta su obligación, la otra tendrá el derecho de demandar la resolución del contrato y declara en consecuencia que esta cláusula será sobreentendida de pleno derecho en el contrato... tal es el pacto comisorio tácito. Está fundado en una consideración de equidad: en los contratos sinalagmáticos cada una de las partes, obligándose, ha tenido en vista la ventaja que le procurará la ejecución de la obligación de la otra parte; establecido esto, si uno de los contratantes no cumple con su obligación, la otra debe poder demandar la resolución del convenio, sea para dispensarse de ejecutar ella misma su obligación, sea, si ya la ha ejecutado, para obtener la restitución de lo que ha pagado." [t. XIII, número 902].

e) *Planiol.* "Se dice que un contrato es resuelto siempre que es destruido retroactivamente por una causa distinta de una nulidad inicial. Esta destrucción... no puede tener lugar sino en virtud de una voluntad expresa o tácita de las partes; es imposible atribuirle otra causa. La resolución supone siempre que las partes han dado al contrato un consentimiento condicional, retirado de antemano en vista de una eventualidad determinada: realizada esta eventualidad, el contrato será resuelto [tomo II, número 1302]... un contrato sinalagmático es resoluble desde que una de



las partes no ejecuta su obligación [t. II, núm. 1307]... Nada es más justo que esta regla. Cuando dos personas se obligan la una respecto de la otra, cada una de ellas no da en cierto modo al acto sino un consentimiento condicional... La reciprocidad de las obligaciones trae consigo necesariamente la de las prestaciones" [t. II, núm. 1309].

f) *Josserand.* "Carácter jurídico del derecho de resolución. Los autores han presentado, sobre el carácter jurídico de la resolución de los contratos por inejecución de las obligaciones, un gran número de explicaciones divergentes. Un punto sin embargo es cierto; esta resolución se explica por la interdependencia de las obligaciones nacidas de un mismo contrato sinalagmático [t. II, núm. 377]... La resolución del contrato... no es en manera alguna de orden público, sino que es interpretativa de la voluntad de las partes" [t. II, núm. 383]. Lo mismo puede verse en el Derecho Civil de Josserand, revisado y completado por Brun y traducido al español [t. II, vol. I en los números citados y en el libro del mismo autor denominado *Les mobiles,* etc., núms. 240 y 241].

## II. Otras opiniones

989. *Autores franceses:*

*a)* Capitant razona así: "Lo que quiere el contratante es obtener la prestación que le ha sido prometida. Desde el momento en que esta prestación no se efectúe voluntariamente es muy de temerse que el fin considerado por él, falte... el quejoso tiene fundamento para demandar la resolución del contrato y decir: el fin en vista del cual me he obligado no puede ya alcanzarse, por consiguiente mi obligación está sin causa, puedo ser descargado de ella." *[(De la cause des obligations,* 1ere. et 2e. éd., núm. 147.) En el mismo sentido de Capitant, véase: Colin et Capitant *(Cours,* etc., 7ª ed., núm. 151, pág. 142 y 10ª ed., refundida y puesta al día por Julliot de la Morandière, pág. 174, núm. 241), Gaudemet (pág. 416) y Savatier (t. I, núm. 188).] En la obra de Planiol, Ripert et Esmein se lee: "Es más exacto decir que la resolución tiene lugar en virtud de una regla de derecho que se impone a las partes... La jurisprudencia reciente da expresamente por fundamento a la resolución la necesidad de una causa en las obligaciones a título oneroso... En un contrato sinalagmático la obligación de una de las partes tiene por causa la obligación de la otra y recíprocamente, de manera que si una no se cumple, la obligación de la otra queda sin causa." *[Traite Pratique de Droit Civil Français,* 2ª ed., t. VI, núm. 420, pág. 571 y nota 5 y 1ª ed., t. VI, núm. 420, pág. 598 y nota 2.]

*b)* Ripert y Boulanger, después de refutar la idea de condición resolutoria tácita y la idea de causa, terminan diciendo: "Cuando se ha establecido firmemente el principio de la interdependencia de las dos obligaciones recíprocas, no hay sino sacar de él esta consecuencia lógica: que el

contrato debe desaparecer, si su ejecución incompleta ha creado una injusticia" [t. II, núms. 514, 515 y 516].

989 *bis. Derecho italiano.*

a) *Texto legal.* Código Civil Italiano de 1865. Artículo 1165. "La condición resolutoria está siempre sobreentendida en los contratos bilaterales, para el caso en que una de las partes no satisfaga su obligación. En este caso el contrato no queda rescindido de derecho. La parte respecto de la cual la obligación no se ha cumplido tiene la elección entre compeler a la otra al cumplimiento del contrato cuando sea posible o demandar la rescisión y además el resarcimiento de los daños, en ambos casos. La resolución del contrato debe demandarse judicialmente y puede concederse al demandado un plazo, según las circunstancias." Nótese que este artículo es casi una reproducción textual del artículo 1184 del código Napoleón.

b) *Comentarios.* Giorgi, tratando del origen y naturaleza jurídica del pacto comisorio tácito, se expresa así: "Aunque este pacto tenga mucha y estrecha analogía con la condición verdadera y propia, de la que toma hasta el nombre; aunque por todos los tratadistas y por el mismo código se considera y trata entre las condiciones, sería, sin embargo, un error confundirla con la condición resolutiva en el sentido riguroso de la palabra, es decir, en el sentido de modificación accidental de la obligación, como sería un error incluir entre las obligaciones condicionales todas aquellas que nacen de los contratos sinalagmáticos. Cuatro diferencias substanciales separan el pacto comisorio tácito de la condición resolutiva verdadera y propia, a saber: 1º La resolución del contrato no ocurre *ipso jure*, sino por declaración del Juez. 2º La parte respecto de la cual no se ha ejecutado el contrato, tiene el derecho, o de pretender su cumplimiento o de pedir la resolución con daños y perjuicios...; con estos caracteres es imposible incluir científicamente el pacto comisorio tácito entre las condiciones en el sentido propio de la palabra. Su índole es clarísima, y no se puede dudar de que en vez de colocarse entre las modificaciones accidentales de los contratos, debe incluirse entre los efectos derivados por ministerio de la ley de los contratos sinalagmáticos... Compartimos más bien la opinión de aquellos que fundan la condición resolutoria tácita en la presunta voluntad de las partes [vol. IV, núms. 204 y 205, págs. 209 a 213]. Ruggiero opina en el mismo sentido de Giorgi, aunque sin reconocer que se trate de presunta voluntad de las partes [vol. II, págs. 302 y sigs.]. Degny [en sus *lezioni di Dirito Civile. La compra-vendita*, año 1930 y en su libro denominado *La compra-vendita*, terza edizione, año de 1939, núm. 59], dice: "¿cuál es el carácter jurídico de este pacto comisorio tácito?" ¿Es una verdadera y propia condición, como impropiamente le llama el artículo 1165 del Código civil? Si así fuese todos los contratos bilaterales serían condicionales, lo que es absurdo, porque la condición es un elemento accidental del negocio jurídico, mientras que el pacto comisorio tácito es un elemento natural de aquél, y es, más bien, una consecuencia del incumplimiento... Ni el Código, con el artículo 1165, ha querido decir que un efecto normal de la voluntad de los contratantes es querer resolver el contrato, cuando a una de las partes no satisfaga su obligación".



III. CÓDIGO DE 1928

990. *Textos legales:*

*Código civil español.* "Artículo 1124. La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo."

*Código de 1928.* "Artículo 1949. La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible."

Salta a la vista que este último artículo es una copia de los dos primeros párrafos del artículo 1124 del Código civil español y hay que observar que en ninguno de estos preceptos figuran las palabras "condición resolutoria" que sí existen en los artículos citados en los números 987 y 989 *bis a* de esta sección.

990 *bis. Comentarios de autores españoles:*

*a)* Manresa, comentando el artículo 1124 del Código español, se expresa en estos términos: "La bilateralidad o reciprocidad de las obligaciones supone desde luego que los dos sujetos, términos necesarios de la relación obligatoria, sean a la vez deudores y acreedores el uno del otro. Pero no basta con esto: significa aquella nota de estas obligaciones algo más, una reciprocidad tan perfecta, que haga proceder ambas relaciones de una misma causa, siendo también cada obligación supuesto de la correlativa, no concibiéndose, en suma, la una sin la otra. Así, por ejemplo, puede una persona ser deudora de otra por consecuencia de un mandato y ser acreedora de la misma por razón de un préstamo; y nadie dirá que tales obligaciones son recíprocas, puesto que son y se conciben independientes y proceden de distinta causa... En cambio sí percibimos con toda evidencia esta nota

de reciprocidad comparando en la compraventa las obligaciones de comprador y de vendedor para entregar respectivamente el precio y la cosa... Consecuencia de tan indestructible reciprocidad son las especialidades de estas obligaciones, de las cuales es la más importante y característica la que expresa este artículo: la facultad de resolverlas uno de los obligados cuando el otro no cumple la suya..." "La sentencia de 19 de enero de 1904 tuvo que declarar que la condición resolutoria del artículo 1124 no es absoluta, sino que depende del derecho de opción del perjudicado, entre pedir la resolución o pedir el cumplimiento. La de 9 de julio del mismo año determina que, faltando una de las partes contratantes a lo convenido, puede pedir la otra desde luego la resolución del contrato, sin que sirva para ello de obstáculo el que el demandante dejase también de cumplir después sus obligaciones, porque la conducta del primero es la que motiva el derecho del segundo y le libera desde entonces de sus compromisos" [t. VIII, páginas 148 a 151].

*b)* De Buen: "Condición resolutoria tácita en las obligaciones recíprocas... La condición resolutoria tácita del artículo 1124 no es absoluta en el sentido de que produzca sus efectos en el momento mismo de la resolución, pues queda un derecho de opción [nota en la traducción española del curso elemental de Derecho civil francés de Colin y Capitant, t. III, pág. 362, nota 416]. Y en otro lugar de la misma obra se dice que las obligaciones recíprocas están ligadas de tal modo que cada una de ellas aparece como causa de la otra [el mismo tomo, pág. 701].

*c)* Pérez González y Alguer: "El derecho legal de resolución que el Código civil español regula en el artículo 1124 se asemeja a una condición resolutoria [Enneccerus, Kipp y Wolff, *Estudios de comparación y adaptación*, etc., pág. 197].

*d)* De Diego: "Por defecto del origen voluntario de la incorporación de la condición al acto, no son condiciones propias las llamadas condiciones juris... La condición resolutoria tácita inherente al contrato bilateral [artículos 1124, 1556, etc., del Cód. Civ.], pertenece a este grupo, pues la prescribe la ley, por estar en íntima conexión con la causa del contrato" [t. II, págs. 696 y 697].

*e)* Puig Peña: "Resolución del contrato en caso de incumplimiento por una de las partes... Este derecho de resolución sobreentendido se sostiene en la doctrina (con alguna impropiedad, pues no es condición impuesta por las partes sino que se establece por ministerio de la ley), como el resultado de una condición resolutoria tácita y a ella hace referencia nuestro Código civil en su artículo 1124..." [t. IV, vol. I, págs. 96 y 97].

*f)* Castán Tobeñas: "Las obligaciones bilaterales producen efectos muy peculiares, derivados del vínculo de reciprocidad que liga a las respectivas prestaciones de las partes, cada una de las cuales se obliga con el fin de obtener el cumplimiento de la obligación de la otra. He aquí las más típicas consecuencias a que esta interdependencia da lugar... Resolución del contrato en caso de incumplimiento por una de las partes... En la doctrina



corriente y en el mismo código patrio, se consideran estos efectos como el resultado de una condición resolutoria tácita o sobreentendida; pero los intérpretes más modernos niegan que se trate de verdadera condición, ya que es propio de ésta ser impuesta por la voluntad de los sujetos del negocio, mientras que la llamada condición resolutoria tácita se impone por ministerio de la ley sin declaración de los sujetos del negocio que la incorpore en el mismo. Ello no obsta, sin embargo, a que, como observan Pérez y Alguer, se aplique por analogía a esta condición impropia el efecto retroactivo atribuido a las condiciones propias." [7ª ed., t. III, págs. 60 a 62, y 5ª ed., t. II, págs. 473 y 475.]

990 *ter. Observación.* En el nuevo Código Italiano de 1942, la resolución por incumplimiento ya no figura en el capítulo de las condiciones, sino en una sección del capítulo XIV denominado "De la resolución del contrato" [arts. 1453 y sigs.] y sus comentaristas son adversos a la idea de condición. [Pueden verse los siguientes libros: Messineo, *Dottrina Generale del Contratto*, 3ª ed., 1948; Rubino, *La compra-vendita*, 1950; Pacchioni, *Obligazioni e contratti*, 1950; Mosco, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, 1950.]

990 *quater. Resumiendo.* Lo expuesto, debe decirse que en nuestro código de 1928 el fundamento de la resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento, es, como en el código de 1884, la interdependencia de las obligaciones recíprocas que nacen de esa especie de contratos; pero que no se considera que sea el resultado de una condición resolutoria tácita.

Además, hay que observar que esta última distinción no tiene gran importancia práctica, como lo veremos en lo que expongo en los párrafos siguientes.

## SECCION 2ª CASOS DE APLICACION

991. *Contratos bilaterales y unilaterales.* El artículo 1349 del código de 1884 habla de los contratos bilaterales en general y por consiguiente concierne, en principio, a todos los contratos que hacen nacer obligaciones recíprocas y correlativas [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 905]. Según Demolombe [t. II, núms. 492-494] y otros autores los artículos citados serían también aplicables a los contratos unilaterales, especialmente a los onerosos. Pero esta interpretación extensiva es inaceptable ante el texto del artículo que sólo se refiere a los contratos bilaterales. El mismo artículo "contiene una interpretación legislativa de la voluntad de las partes contratantes; en ausencia de este texto, el pacto comisorio no habría podido considerarse sobreentendido en el contrato. Por su naturaleza misma, estas disposiciones sobrellevan, pues, la interpretación restrictiva... sin razón, pues ciertos autores consideran el artículo 1184 del Código francés como aplicable a los contratos unilaterales a título oneroso. La ley no habla sino

de los contratos sinalagmáticos... poco importa que se trate de contratos que la mayor parte de los autores califican de sinalagmáticos imperfectos. La ley ignora esta denominación y no ve en los contratos de que se trata sino contratos unilaterales" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, números 904-905 1; Laurent, t. XVII, núm. 123; Aubry et Rau, t. IV, párrafo 302, pág. 82, texto y nota 79; Planiol, t. II, núm. 949 3º]. En suma "la condición resolutiva tácita del artículo 1184 del (C. N.) no funciona, sino en los contratos sinalagmáticos" [Bonnecase, *Précis*, t. II, núm. 595].

Los artículos 1349 y 1421 del código de 1884 son respectivamente reproducciones de los artículos 1465 y 1537 del código de 1870. Refiriéndose a estos preceptos la exposición de motivos dice: "El artículo 1537 viene a confirmar lo dispuesto en el 1465 respecto de la rescisión del contrato y además contiene en principio la responsabilidad civil." Por estas palabras se confirma que el artículo 1421 del código de 1884 solamente se refiere como el 1349 del propio código, a los contratos bilaterales.

991 *bis*. *Contratos bilaterales y unilaterales*. Como el artículo 1949 del código de 1928 se refiere al caso de obligaciones recíprocas, debe concluirse que sólo a los contratos bilaterales es aplicable la resolución por incumplimiento de una de las partes. [En este sentido, Manresa, tomo VIII, página 149; y Puig Peña, página 93].

992. *Inejecución parcial*. Según los términos de los artículos 1349, 1350 y 1421 del código de 1884, procede la resolución o rescisión cuando uno de las contratantes no cumpliere su obligación, esta expresión es muy amplia; mira no solamente el caso de inejecución total sino también también el de inejecución parcial, según Colin et Capitant [t. II, núm. 153] y Hémard [t. II, núm. 1554].

Como dicen Baudry-Lacantinerie et Barde, basándose en la jurisprudencia francesa: "cuando la parte de las obligaciones del demandado que no ha sido cumplida, es insignificante, cuando el incumplimiento recae solamente sobre una cláusula accesoria, cuando las obligaciones inejecutadas no presentan interés alguno para el demandante, es natural creer que la perspectiva de esta inejecución no habría impedido a este último contratar; sino que basta decir que, para apreciar la gravedad del incumplimiento parcial, los jueces deben colocarse en el punto de vista del fin que el demandante perseguía contratando y de la determinación que habría tomado si hubiera podido prever esta inejecución. La importancia de ésta es, pues, esencialmente subjetiva [(t. XIII, pág. 106). En el mismo sentido Capitant *(De la cause des obligations*, 3e. éd., núm. 153); Ripert e Boulanger (t. II, número 524); Planiol (t. II, núm. 1321); Laurent (t. XVII, núm. 127) y Pothier, *Du contrat de vente* (núms. 145 y 476).]

Lo expuesto con anterioridad, no sólo es aplicable al código de 1884, sino también al código de 1928. Así se desprende de las siguientes palabras



de Castán Tobeñas: "El citado artículo 1124 es de gran importancia por su constante aplicación en la práctica y ha motivado copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo. Entre sus declaraciones destacan las siguientes: 2) que para la aplicación del artículo 1124 se requiere: *a)* que se trate de obligaciones en las que el principio de reciprocidad esté perfectamente caracterizado, puesto que no entra en juego dicho artículo cuando se trata de obligaciones que... tienen puro carácter accesorio o complementario en relación a aquellas prestaciones o contraprestaciones... que constituyen el objeto principal del contrato" [7ª ed., t. III, págs. 62 y 63]. Es semejante lo que dice Puig Peña [t. IV, vol. I, pág. 97].

993. *Caso fortuito o fuerza mayor*. "¿La resolución puede ser demandada aun cuando la inejecución de una de las obligaciones correlativas proviene, no de la culpa del deudor sino de un caso fortuito o de fuerza mayor?" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 914.] Hay autores que responden afirmativamente: Laurent [t. XVII, núm. 124]; Aubry et Rau [t. IV, párrafo 302, pág. 83]; Demolombe [t. II, núm. 497]. Pero otros, con razón, contestan la pregunta en sentido negativo: Josserand [t. II, núms. 380 y 381]; Baudry-Lacantinerie et Barde [t. XIII, núm. 914]; Planiol [t. II, núm. 1313]; Colin et Capitant [t. II, núm. 153]; Planiol, Ripert et Esmein [2e. éd., t. VI, primera parte, núm. 425]; Ripert et Boulanger [t. II, núm. 521]; Puig Peña [t. IV, vol. I, pág. 97 *b*]; Castán Tobeñas [t. III, pág. 63, 7ª ed.].

Siguiendo a Josserand [núm. 380], diremos que "no se incurre en la resolución, sino en tanto que la inejecución es imputable al deudor: si esta inejecución se debe a una causa extraña, a un caso de fuerza mayor, la teoría de la *lex commissoria* queda sin aplicación posible. Sin duda, entonces el contrato está disuelto, pero lo está por el juego de la imposibilidad de ejecución y de la teoría de los riesgos", de la cual nos ocuparemos en el título sexto y que es profundamente distinta de la resolución. La opinión opuesta a la que acabamos de exponer: *a)* Es contraria a la tradición: como los jurisconsultos de Roma, los antiguos autores franceses suponían invariablemente que la inejecución era imputable al deudor [Pothier, *Obligations*, núm. 672]; *b)* Va en contra de la letra de los artículos 1350 del código de 1884 y 1949 del código de 1928, que suponen que el deudor no ha cumplido su obligación, lo que, bien se ve, excluye el caso de una imposibilidad de ejecución; *c)* Es doblemente inconciliable con el párrafo segundo de los artículos ya citados que, por una parte, conceden al acreedor la elección entre el cumplimiento y la resolución de la obligación (¿cómo podría demandarse la ejecución de una prestación imposible?) y que, por otra parte, conceden al quejoso el derecho de pedir la resolución con indemnización de daños y perjuicios, la que no se concebiría en la hipótesis de una imposibilidad de ejecución [Josserand, t. II, núm. 381].

García Goyena, comentando el artículo 1042 del proyecto de Código español, dice que: "Como no puede quedar al arbitrio de la parte dolosa

o culpable deshacer el contrato, es libre la otra en pedir su cumplimiento o resolución, y en acudir a este segundo medio cuando le haya resultado fallido el primero."

994. *A quién pertenece la acción.* La acción de resolución establecida por los artículos 1349 y 1350 del código de 1884 y por el artículo 1949 del código de 1928, sólo se confiere a la parte que está en disposición de cumplir su obligación o que ya la ha cumplido [Planiol, t. II, núm. 1314; Hémard, t. II, núm. 1554]. Puig Peña se expresa así: "Es necesario, como dijimos, además, que el incumplimiento solo sea llevado a cabo por una de las partes, pues si ambos han faltado a sus respectivas obligaciones, no procede la resolución (10 de febrero de 1925), siempre, claro está, que el incumplimiento por parte del actor no sea consecuencia necesaria del otro incumplimiento (9 de julio de 1904) es, pues, absolutamente indispensable: *a)* que quien solicita la resolución haya empezado por cumplir con su obligación (15 de enero de 1934); *b)* que él, por su parte, no haya hecho nada que obstaculice el cumplimiento de la obligación por parte del otro (26 de septiembre de 1901); *c)* que, aun en el caso de incumplimiento, no dé después con sus actos por cumplida la obligación del primero (13 de diciembre de 1905); *d)* que quede patentizado el incumplimiento por parte del otro contratante (15 de noviembre de 1930). Es decir, que la parte que reclama esté completamente limpia de cargo, habiendo cumplido escrupulosamente con sus deberes y la otra sea la que de modo consciente haya faltado a sus obligaciones" [t. IV, vol. I, pág. 98]. En el mismo sentido Castán Tobeñas [7ª ed., t. III, pág. 62] y Manresa [t. VIII, págs. 148 a 151].

## SECCION 3ª EL DERECHO DE OPCION

995. *En qué consiste.* Ya hemos visto que "la parte respecto de la cual la obligación no se ha cumplido tiene un derecho de opción: puede o demandar a la otra parte la ejecución de sus obligaciones o pedir la resolución del contrato. Tiene así la elección entre dos acciones que tienen papeles absolutamente distintos. Una tiende a asegurar a la parte que la ejerce el beneficio del contrato y a permitirle por consiguiente alcanzar el fin que se ha propuesto al contratar... La otra acción tiene una función bien diferente: supone que una de las partes quiere, en defecto de ejecución, hacerse desligar de los vínculos del contrato" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 915].

996. *Renuncia.* "Nada se opone a que la parte respecto de la cual la obligación no se ha cumplido renuncie a la acción en resolución, porque esta acción se ha introducido exclusivamente en su interés" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 916].



997. *Ejercicio sucesivo de las acciones.* Los artículos 1350 del código de 1884 y 1949 del código de 1928 expresamente establecen que el perjudicado podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

Después de haberse demandado la resolución de una obligación ¿se puede exigir su cumplimiento? Esta pregunta la contestan afirmativamente algunos autores diciendo que el hecho de emplearse una acción no implica la renuncia de la otra [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 918; Laurent, t. XVII, núm. 139; Planiol, Ripert et Esmein, 2e. éd., t. VI, primera parte, núm. 427]. Pero yo creo que dicha pregunta debe contestarse negativamente "pues aparte de que la ley no autoriza tal caso, en él queda roto el contrato por ambas partes: la una no cumpliéndolo; la otra prefiriendo que así suceda" [Manresa, t. VIII, pág. 151] y además Puig Peña [t. IV, vol. I, pág. 97].

998. *Indemnización de daños y perjuicios.* Ya hemos visto que, según prevención expresa de nuestros códigos, ya se exija el cumplimiento o ya la resolución de la obligación, el perjudicado puede además exigir el resarcimiento de daños y perjuicios [artículos citados en los números 987 *c* y 990].

## SECCION 4ª COMO OPERA LA RESOLUCION

999. *La resolución no opera de pleno derecho.* Es así porque "de otra manera se impondría a la parte respecto de la cual la obligación no se ha cumplido; ahora bien, es solamente un favor que la ley entiende conceder a esta parte y la misma es libre de no usar de este favor; ella puede, si lo prefiere (su interés se lo pedirá a menudo), exigir por las vías de derecho la ejecución del contrato. La parte respecto de la cual la obligación no se ha ejecutado, tiene pues una opción que ejercer: lo que excluye la posibilidad de una resolución que opere de pleno derecho. La solución contraria habría conducido a este resultado inadmisible: que una de las partes habría podido por su sola voluntad resolver el contrato rehusándose a cumplirlo" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 921]. Puig [t. I, pág. 97 (1 y 2)].

1000. *La resolución, en principio, debe ser demandada judicialmente.* Así se desprende de la palabra exigir contenida en los artículos 1350 del código de 1884 y 1949 del código de 1928 y se precisa claramente en el artículo 1421 del primero de estos códigos [ver núms. 987 y 990 del presente título]. "No bastaría, pues, que la parte respecto de la cual la obligación no se ha cumplido, manifestara a la otra por acto extrajudicial su voluntad de resolver el contrato" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 923]. Esta resolución hay necesidad de pedirla [De Diego, t. IV, página 183].

1001. *Resolución convencional.* Pero puede suceder que el contratante que ha faltado al cumplimiento de su obligación así lo reconozca y de acuerdo con el otro contratante consienta en la resolución. Esta resolución convencional producirá los mismos efectos que si una de las partes hubiera demandado judicialmente la resolución a la otra parte y que ésta hubiera confesado la demanda, por lo que el juez hubiera pronunciado sentencia declarando la resolución. No hay razón para obligar a los interesados a seguir un litigio cuando en realidad no existe controversia alguna entre ellos [véase *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil, De la Vente et de l'Echange*, par G. Baudry-Lacantinerie et Leo Saignat, núm. 591; Guillouard, *Vente et Echange*, t. II, núm. 621].

## SECCION 5ª LAS PALABRAS RESOLUCION Y RESCISION

1002. *Son sinónimas.* Así están empleadas generalmente en nuestros códigos, como puede verse en los artículos del código de 1884 transcritos en el número 987 de este libro y en numerosos artículos de ambos códigos colocados en la reglamentación de los contratos civiles en particular. Impropiamente, la palabra rescisión se ha empleado para designar ciertas nulidades como son la proveniente de la lesión y de la acción pauliana [véase números 373, 386, 1158 y 1159 de este libro].

## SECCION 6ª COMPARACION CON LA CONDICION RESOLUTORIA EXPRESA

1003. *El principio.* El principio es que la resolución pronunciada en virtud de la disposición de los artículos 1349 del código de 1884 y 1949 del código de 1928 produce los mismos efectos que el acontecimiento de la condición resolutoria expresa, salvas las diferencias que se señalan en el número siguiente [ver Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 934].

1004. *Diferencias.* "La ley no establece sino dos diferencias entre la condición resolutoria tácita y la condición resolutoria expresa, en cuanto a sus efectos respectivos: por una parte, la primera no opera de pleno derecho; por otra parte, puede dar lugar a indemnización de daños y perjuicios" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 934].

1005. *Efecto retroactivo.* La resolución pronunciada por aplicación de los artículos citados en el primer párrafo de esta sección obra retroactivamente, de la misma manera que la que resulta de una condición resolutoria expresa cumplida. Es una consecuencia necesaria del principio que acabamos de establecer. Luego, por efecto de esta resolución, las cosas vuelven



al estado que tenían como si la obligación no hubiere existido. [véase Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 935].

Pérez González y Alguer dicen: "El ejercicio del derecho de resolución, en nuestra opinión, extingue la relación obligatoria como si nunca hubiera sido concluida, teniendo esta extinción efecto retroactivo... En rigor, el derecho legal de resolución no puede calificarse de *conditio* en sentido técnico, ya que no es una determinación accesoria de la voluntad de las partes puesta en el contrato, sino que es la ley la que establece tal derecho en el artículo 1124. Pero ello no obsta a que se aplique por analogía a esta condición impropia el efecto retroactivo atribuido a las condiciones propias." [Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas en el Tratado de Derecho Civil por Enneccerus, Kipp y Wolff, t. II, Derecho de Obligaciones, vol. I, por Enneccerus y Lehmann, pág. 197.]

Castán Tobeñas dice: "Que la resolución de que trata el artículo de referencia (1124) supone la extinción de la relación contractual no sólo para el tiempo venidero, sino con carácter retroactivo, con la consecuencia del reintegro a cada contratante en las cosas y valor de las prestaciones que aportaron, por razón del contrato, lo mismo que rige para los casos de nulidad y de rescisión y para el de condición resolutoria del artículo 1123." (Sentencia del 1º de marzo de 1950.) [7ª ed., t. III, pág. 64.]

### CAPÍTULO TERCERO

### *Cláusula expresa de la resolución*

1006. *Variantes de esta cláusula.* "Los efectos de la cláusula resolutoria expresa varían según los términos en los que está concebida; en esta materia todo depende de la voluntad de las partes. En la práctica de los negocios se la encuentra bajo una de las variantes que siguen: [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 952, sustituyendo las palabras pacto comisorio por cláusula resolutiva expresa]."

1007. *Reproducción de la fórmula de la ley.* Simplemente se explica en el documento que en el caso en que una de las dos partes no cumpliere su obligación, la otra parte tendría el derecho de demandar la resolución; en otros términos, esta cláusula se limita a reproducir la fórmula de los artículos 1349 y 1350 del código de 1884 o 1949 del código de 1928, o cualquiera otra equivalente. La situación de las partes, según nosotros, queda exactamente la misma que si no hubieran hecho ninguna estipulación relativa a la resolución: el acto contiene una cláusula superabundante, en tanto que expresa pura y simplemente lo que la ley sobreentiende. Así, en esta hipótesis, si una de las partes no satisface sus obligaciones, la otra podrá demandar la resolución del contrato; pero si lo prefiere podrá exigir

la ejecución de él. Aquí, pues, la cláusula, a diferencia de la condición resolutoria expresa, no produce de pleno derecho la resolución del contrato. Y esto es muy jurídico. En efecto, de que las partes han recordado en términos expresos el derecho de demandar la resolución, no se puede inducir que han renunciado al de pedir la ejecución. Las renuncias no se presumen... Se objeta que el pacto de que se trata es una condición resolutoria expresa y que debe, por consiguiente, como lo hace siempre semejante condición, operar de pleno derecho la resolución, cuando el acontecimiento previsto se realiza. La objeción no está fundada: en el caso ordinario de condición resolutoria expresa, las partes tienen manifiestamente la intención de que el contrato se resuelva, si la condición se cumple. Mientras que, en nuestra hipótesis, como lo hemos demostrado, sería contrario a los principios del Derecho y a lo verosímil suponerles esta intención [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núms. 953-954, citando nuestros códigos en vez del francés y cambiando las palabras pacto comisorio por la palabra cláusula].

1008. *Resolución de pleno derecho.* La cláusula dice que el contrato será resuelto de pleno derecho, si una de las partes no cumple su obligación. Es incontestable que los contratantes han entendido por esta cláusula modificar los efectos de la resolución tal como está reglamentada por los artículos citados en el número anterior; tienen este derecho, porque no estamos aquí en presencia de una de esas disposiciones de orden público a las que el convenio de las partes no puede derogar. La dificultad está en saber cuál es el alcance de la derogación. Parece cierto que los contratantes han entendido excluir la intervención de la justicia: la parte respecto de la cual la obligación no se ha ejecutado no tendrá, pues, necesidad de recurrir a aquélla para hacer pronunciar la resolución... ¿Hay que decir entonces que la inejecución por el deudor de su obligación producirá el mismo efecto que una condición resolutoria ordinaria, es decir, que producirá la resolución de pleno derecho y sin que el acreedor tenga que manifestar su voluntad a este respecto? Parece imposible admitirlo, porque la cláusula produciría esto: el deudor quedará libre de no ejecutar su obligación y el acreedor no tendrá medio alguno de obligarlo a ello. Seguramente, estipulando que el contrato será resuelto de pleno derecho, si el deudor no cumple su obligación, el acreedor no entiende renunciar a la facultad de exigir la ejecución de la obligación si en ello encuentra su interés. Hay, pues, que decir que la parte respecto de la cual la obligación no se ha ejecutado conserva el derecho de optar entre la ejecución del contrato y su resolución. Si prefiere la resolución, manifestará su voluntad a este respecto [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 956].

Nuestro código de 1884 contiene los artículos 2899 y 1351 y el código de 1928 el artículo 1950 relativo a la resolución de la venta de bienes inmuebles por falta de pago. Al tratar del contrato de compraventa nos ocuparemos de este precepto.



1009. *Otro caso de resolución de pleno derecho.* Supongamos que se ha dicho en la cláusula resolutoria que en caso de inejecución la resolución tendrá lugar de pleno derecho y sin necesidad de requerimiento o de declaración alguna. Entonces es necesario admitir que el simple hecho de la inejecución por el deudor de su obligación tendrá por resultado resolver el contrato sin que el acreedor tenga que manifestar su voluntad a este respecto, puesto que así se ha dicho en el acto. Esta cláusula será necesariamente rara, porque deja al deudor la facultad de resolver el contrato por su sola voluntad, salvo la indemnización de los daños y perjuicios del acreedor [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 960, sustituyendo las palabras el pacto comisorio por las palabras la cláusula resolutoria].

## TÍTULO QUINTO

# LA EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO

1010. BIBLIOGRAFIA. HÉMARD, t. II, núms. 1535-1538; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XIII, núms. 963-967; PLANIOL, t. II, núm. 949; COLIN et CAPITANT, t. II, núm. 90; JOSSERAND, t. II, núms. 23, 584, 1090, 1134, 1191 bis, 1466; CAPITANT: *De la cause des obligations*, núms. 120-131; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, t. VI, núm. 438 et sigs.; GIORGI, t. IV, núms. 199-203; Traducción española del Curso elemental de Derecho civil por Colin y Capitant, t. III, p. 698, nota núm. 484 de De Buen, relativa al Derecho español; VALVERDE, t. III, pág. 298, nota 1; MAYNZ, t. II, párrafo 204; SALEILLES: *Théorie générale de l'obligation*, núms. 168-171; *Code civil Allemand*, traduit et annoté, t. I, págs. 390-392, 449-453 et 454-456, comentarios de Saleilles.

1011. *En qué consiste la excepción.* "La dependencia que existe entre las obligaciones respectivas de un contrato sinalagmático permite a uno de los contratantes no cumplir su obligación si el otro rehusa cumplir la suya. Es equitativo decidirlo. La excepción *non adimpleti contractus* (del contrato no cumplido) es un medio de defensa: da la facultad de no ejecutar en tanto que el otro no lo ha hecho." [Hémard, t. II, núm. 1535.]

1012. *Dominio de aplicación.* "La excepción *non adimpleti contractus* se aplica a todos los contratos sinalagmáticos en donde existe una doble obligación, un crédito y una deuda para cada parte... Pero la excepción implica la simultaneidad de la ejecución de las obligaciones de los contratantes y no es procedente cuando su ejecución puede ser sucesiva." [Hémard, t. II, núm. 1537.]

1013. *Efecto.* "La excepción *non adimpleti contractus* tiene por efecto diferir la ejecución. No ataca al contrato: ambas partes quedan obligadas y bastará cumplir a la que se rehusaba hacerlo para que la otra no pueda ya invocar la excepción; la que se rehusaba podría demandar la ejecución. Una situación de espera es creada: hay negativa provisional de ejecución." [Hémard, t. II, núm. 1538.]

1014. *El código de 1884.* Este código consagra la excepción de contrato no cumplido en su artículo 1434, que es una reproducción del artículo 1007 del proyecto de Código español, concebido en estos términos: "En las obligaciones recíprocas ninguno de los contratantes incurre en mora, si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente la obligación que le corresponde."



1015. *El código de 1928.* En este código, a semejanza del francés, del italiano y del español, no hay texto que formule el principio de la excepción de contrato no cumplido. Sin embargo, el principio existe ciertamente en nuestro derecho vigente, como lo sostienen los autores franceses, italianos y españoles que hemos citado en la bibliografía de este título, con relación a sus respectivos derechos. Hemos expuesto en qué consiste la excepción de que tratamos y entre las razones aducidas en pro de nuestra afirmación nos concretaremos a invocar las siguientes: *a)* El argumento *a fortiori* del artículo 1949 de nuestro código de 1928 que establece el derecho de resolución, según hemos visto en el número 989 de este libro: si tengo el derecho de reclamar lo que yo he entregado, en el caso de que la otra parte no cumpla con su obligación, con mayor razón tengo el derecho de rehusarme a cumplir con mi obligación [ver Planiol, t. II, núm. 949]. "El derecho de pedir la resolución, estando fundado en la misma idea que la excepción del contrato no cumplido, es mucho más enérgico, más riguroso que ésta... Es inadmisible que los contratantes, cuando están autorizados por la ley para pedir la resolución, no puedan igualmente y con mayor razón rehusar la ejecución mientras se les rehuse a ellos" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 964]. *b)* Los artículos 2286, 2287 y 2299 del código de 1928, relativos al contrato de compraventa, reconocen que un contratante no está obligado a entregar la cosa que haya convenido en entregar al otro, si éste no cumple o no asegura el cumplimiento de su obligación recíproca. De estos preceptos particulares puede y debe inducirse el principio general de la excepción de contrato no cumplido.

TÍTULO SEXTO

## LA TEORIA DE LOS RIESGOS

1016. *Tabla A*

C. a. 1340.—G. 1040.—C. N. 1182.—C. v. 1948.
„ „ 1343.—G. 1040, 1er. párrafo.—C. v. 1948, fracs. I y III.
„ „ 1348.—G. 1041.
„ „ 1430.—G. 1006.—C. N. 1138.—C. P. 717.—C. v. 2017, frac. ción V.
„ „ 1445.—C. P. 717, párrafo 1º—C. v. 2021.
„ „ 1448 III.—Proyecto C. P. (Días Ferreira, pág. 50, t. II) C. v. 2023, frac. III.
„ „ 1450.—C. P. 719.—C. v. 2024.
„ „ 2824.
„ „ 2969.—G. 1483.—C. v. 2431.

1017. *Tabla B*

C. v. 1948, fracs. I y III.—C. E. 1122.—C. N. 1182.—C. I. 1163.—C. a. 1343.
„ „ 2017, frac. V.—C. a. 1430.
„ „ 2022.
„ „ 2023, frac. III.—C. a. 1448, frac. III.
„ „ 2024.—C. a. 1450.

1018. BIBLIOGRAFIA. PLANIOL, t. II, núms. 620-629 y 1334-1352; JOSSERAND, t. II, núms. 366-373; HÉMARD, t. II, núms. 1539-1544; BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis*, t. II, núm. 97 et sigs.; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XII, núms. 419-424 y t. XIII, núms. 851-858; LAURENT, t. XVI, núms. 205-212; DEMOLOMBE, t. I, núms. 419-433 y t. II, núms. 415-430 y 455-463; CAPITANT: *De la cause des obligations*, núms. 132-146, págs. 287-320; COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 91-94; LABBÉ: *Un mot sur la question des risques: souvenirs du droit romain à propos des art. 1138 et 1184, Nouv. rev. hist. de dr. franc. et étr., 1888, XII.* Una traducción de este estudio se publicó en la Revista de Legislación y Jurisprudencia de los Lics. Emilio Rabasa y Víctor Manuel Castillo, t. I, págs. 280-288; DEMOGUE, t. VI, núms. 113-129; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, t. VI, núms. 412-419; SALEILLES: *Théorie de l'obligation*, núms. 181-187; GAUDEMET, págs. 370-377; BEUDANT, n. 407-424; POTHIER: *Vente*, núm. 307; GARCÍA GOYENA: comentario a los artículos 981 y 1006 del proyecto de Código español; MANRESA, t. VIII: comentarios a los artículos 1122, 1123 y 1182 del Código español; DIEGO, t. IV, págs. 75-76 y págs. 183-184; CUNHA GONÇALVES, t. IV, núm. 566; págs. 537-542 y núm. 574, págs. 575-580; DÍAS FERREIRA, t. II: comentario a los artículos 714, 717 y 719 del Código portugués; ALVES MOREIRA, págs. 123-127, núm. 38; GIORGI, t. IV, núms. 229-261 y 349-350; POLACCO, t. I, núms. 88-93; GIRARD, págs. 573-577; MAYNZ, t. II, párrafo 210, pág. 216 y párrafo 205, pág. 180; PETIT: *Tratado elemental de Derecho romano*, traducción española, núm. 374; WINDSCHEID, t. II, párrafo 321, núm. 3 y nota.



1019. *Distinción.* En esta materia hay que distinguir, como lo hace Hémard, el riesgo de la cosa del riesgo del contrato.

### CAPÍTULO PRIMERO

### *El riesgo de la cosa*

1020. *La pérdida de la cosa.* Según el artículo 1445 del Código Civil de 1884, "La pérdida puede verificarse: I. Pereciendo la cosa. II. Desapareciendo de modo que no se tenga noticia de ella, o que aunque se tenga alguna, la cosa no se pueda recobrar." El código Civil de 1928 en su artículo 2021 a su vez dice: "La pérdida de la cosa puede verificarse: I. Pereciendo la cosa o quedando fuera del comercio. II. Desapareciendo de modo que no se tenga noticias de ella o que aunque se tenga alguna, la cosa no se pueda recobrar."

1021. *La cosa no es objeto de obligación.* "La pérdida fortuita de una cosa que no es objeto de alguna obligación no puede ser sino para aquel a quien esta cosa pertenece. ¿Para quién perecería, pues, si no pereciese para el propietario?... *Res perit domino*" [Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. II, núm. 98]. Así, por ejemplo, "en una venta de un cuerpo cierto, la cosa se ha entregado: está en el patrimonio del comprador, quien se ha convertido en propietario... él soporta el riesgo de la pérdida fortuita de la cosa" [Hémard, t. II, núm. 1543].

1022. *La cosa es objeto de una obligación.* Hay que distinguir, entonces, si la cosa es un género o un cuerpo cierto y en este caso a su vez también hay que distinguir si el contrato que ha dado origen a la obligación es unilateral o bilateral.

1023. *El objeto es un género.* Cuando el objeto de la obligación es un género, de acuerdo con un principio tradicional, diremos que los géneros no perecen y que por consiguiente en este caso no puede decirse que se ha perdido la cosa [véase Planiol, t. II, núm. 621].

1024. *Contrato unilateral.* "Incontestablemente, si, en un contrato de esta naturaleza la cosa perece por caso fortuito, el deudor está absolutamente liberado. No puede ser obligado a entregar la cosa que ha perecido; a lo imposible nadie está obligado. Además, no está obligado a indemnizar al acreedor en razón de esta pérdida, puesto que suponemos que ella ha tenido lugar por caso fortuito y que el deudor ha cumplido su obligación de conservar la cosa" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 422]. Ejemplo: Supongamos un depósito gratuito: una persona deposita en poder de otra una cosa y ésta se pierde sin culpa del depositario; la pérdida será ciertamente para el depositante, es decir, para el acreedor: el deudor queda liberado y todo está terminado [Planiol, t. II, núm. 1334]. En apoyo de lo que acabamos de exponer pueden verse los artículos 2557 del código de 1884 y 2522 del código de 1928.

1025. *Contrato bilateral.* En los contratos bilaterales es en los que puede surgir, propiamente hablando, el problema de los riesgos, del cual nos vamos a ocupar en el capítulo siguiente.

## CAPÍTULO SEGUNDO

## *El riesgo del contrato*

### SECCION 1ª NOCIONES GENERALES

1026. *Posición de la cuestión.* "La cuestión de los riesgos se formula así: dadas dos obligaciones recíprocas nacidas del mismo contrato, si una de ellas se extingue porque una causa fortuita ha hecho imposible su ejecución, ¿la otra parte queda obligada a ejecutar su obligación?... Si se decide que esta persona queda ligada por su obligación, cuya ejecución es posible, la pérdida será para ella, porque hará o dará alguna cosa sin recibir nada en cambio; si se decide que está liberada, la pérdida será para la otra parte. Esta alternativa, que permite arrojar la pérdida sobre uno u otro de los dos contratantes, es lo que se llama la cuestión de los riesgos" [Planiol, t. II, núm. 1334]. Josserand, tratando del mismo problema, dice: "He aquí, por ejemplo, una agencia de viajes que organiza una excursión; en el último momento surge un obstáculo que se opone a la ejecución del contrato: guerra, invasión, epidemia; la agencia está liberada de sus obligaciones por imposibilidad de ejecución. ¿Qué decidir respecto de las obligaciones asumidas por sus clientes? ¿Estos deben pagar el precio convenido? Suponiendo que lo hayan pagado precedentemente, ¿podrán reclamarlo? El problema se presenta en los mismos términos cuando una representación, para la cual los espectadores han pagado el precio de sus localidades, debe ser suspendida por una causa extraña a la voluntad del empresario de espectáculos: orden de la autoridad, enfermedad o muerte de un artista. Ahora bien, este problema no es otro que el de los riesgos: se



trata de saber cuál es, de las dos partes en presencia, la que debe soportar, en definitiva y sin indemnización, las consecuencias nocivas de la imposibilidad de ejecución: será el deudor de la prestación que ha llegado a ser imposible —agencia de viajes, empresario— si se decide que no está facultado para exigir la ejecución de la obligación correspondiente; será el acreedor de esta misma prestación —turista, espectador— si se le obliga a ejecutar aunque no reciba nada en cambio" [t. II, núm. 366].

A la cuestión indicada se le llama de los riesgos, tanto por los autores franceses cuanto por los españoles como Manresa [t. VIII, pág. 142] y Diego [t. IV, pág. 75] y así se le designa en los artículos de nuestros códigos citados en los números 1043, 1044 y 1047.

### SECCION 2ª DERECHO ROMANO

1027. *Exposición de Girard.* "En Roma, no siendo los contratos ni traslativos de propiedad ni generadores de derechos reales, y siendo la venta un contrato, no puede tener por efecto sino engendrar obligaciones... Estas obligaciones pueden reducirse: para el vendedor, a la obligación de guardar la cosa hasta la entrega, a la obligación de entrega, a la obligación de garantizar al comprador contra la evicción y a la de garantizarlo contra el descubrimiento de vicios ocultos; para el comprador, a la de pagar el precio [págs. 572-573]... La cosa vendida está a los riesgos del comprador a partir de la venta y desde antes de la tradición. Si llega una pérdida, el vendedor bien que liberado de su deuda de la cosa, conserva su crédito del precio y el comprador, aunque no tenga ya su crédito de la cosa, queda siempre deudor del precio. Esta solución se explica muy bien en el sistema que creemos haber sido el sistema primitivo, en el que los dos créditos independientes nacían de dos estipulaciones y en donde como cada contrato se bastaba a sí mismo, no habían lugar a que fuera influenciado por la suerte del otro. Es mucho más difícil justificarla respecto de la época en que la venta hacía nacer dos acciones de buena fe [págs. 574-575]... la teoría de los riesgos es, a nuestro juicio, un vestigio singularmente impresionante del tiempo en que las dos obligaciones del vendedor y del comprador nacían de dos contratos distintos" [pág. 577].

### SECCION 3ª DERECHO FRANCES

#### I. INDEPENDENCIA DE LAS OBLIGACIONES

1028. *Derecho antiguo.* Dice Pothier que "Cuando la obligación del vendedor se extingue por una de las maneras naturales por las cuales se extinguen las obligaciones, el comprador no tiene ya nada que oponerle para defenderse de ejecutar por su parte su obligación que, habiendo sido

una vez válidamente contraída, subsiste siempre y no puede extinguirse sino por alguna de las maneras por las cuales se extinguen las obligaciones" *[Vente,* núm. 308].

1029. *Derecho moderno.* A su vez, Demolombe se expresa así: "Lógicamente, las dos obligaciones correlativas, que resultan de un contrato sinalagmático, son, una vez que el contrato está formado, distintas e independientes la una de la otra... La extinción del crédito del comprador por la pérdida fortuita de la cosa, no podría tener por efecto producir la extinción del crédito del precio, que pertenece al vendedor. Por otra parte, equitativamente también, aquel a quien aprovecharían las ventajas, es el que debe soportar las pérdidas; y la suerte de los aumentos implica la suerte recíproca de las disminuciones... ahora bien, en el intervalo de la venta a la entrega, la cosa habrá aumentado de valor para el comprador; y es él quien se habrá aprovechado de estos aumentos sin que el vendedor hubiera tenido derecho a exigirle un aumento de precio; luego es para él para quien ha debido disminuir o perecer, sin que pueda tener derecho a pedir al vendedor una disminución o un descargo de su obligación" [t. I, núm. 424, 2º, págs. 411-412].

## II. La regla "la cosa perece para el acreedor

1030. *Labbé.* Este jurista, refiriéndose a Demolombe, Colmet de Santerre y Laurent, dice que "son partidarios fieles de la regla romana: Res *perit creditori;* creen encontrarla en el artículo 1138 del Código Civil que grava con los riesgos de la cosa debida al acreedor desde el momento en que puede recibir este título" [Estudio citado]. [El texto del artículo citado puede verse en el número 1038 de este libro.]

## III. Dependencia de las obligaciones

1031. *Razonamientos de Capitant.* Este autor (causalista) refuta a los que sostienen la independencia de las obligaciones que nacen de un contrato bilateral, en estos términos: "Dejemos provisionalmente a un lado los textos del Código Civil relativos a este caso y razonemos inspirándonos exclusivamente en los principios... Decir que cada uno de ellos (los contratantes) se ha obligado pura y simplemente, sin más, es no ver sino la apariencia, sin analizar la doble manifestación de voluntad. Cada contratante no consiente en obligarse, lo repetimos, sino para obtener la prestación prometida por el otro. Compeler a uno de ellos a ejecutar su obligación cuando no puede obtener la contraprestación en vista de la cual se ha obligado, es ir en contra del fin que el contratante se proponía conseguir... si el inmueble arrendado pereciere por caso fortuito, es evidente que el arrendatario debe ser liberado para lo porvenir de su obligación de pagar



la renta... y lógicamente, equitativamente hay que dar también la misma solución cuando el contrato tiene por objeto transferir la propiedad de un cuerpo cierto, aunque, en este caso, según los principios de nuestro Derecho Moderno, el adquirente se hace propietario en el momento mismo de la celebración del contrato. En efecto, lo que quiere el comprador, es no solamente adquirir la propiedad sino ser puesto en posesión de la cosa a fin de usar y de gozar de ella. Ahora bien, esto no es ya posible cuando el objeto ha perecido antes de la entrega. No pudiendo alcanzar el fin que se propone, la causa de su obligación desaparece y su obligación misma debe extinguirse. Así, como se ve, la cuestión de los riesgos no puede ser resuelta equitativamente si no se inspira en la voluntad de los contratantes" *[De la cause des obligations,* núm. 133].

1032. *Principio de atribución del riesgo.* Hemos visto [núm. 203 de este libro] que no sólo los autores causalistas sino también autores anticausalistas reconocen la dependencia mutua que liga a las dos obligaciones que nacen de un contrato bilateral. Partiendo de este punto, Planiol formula la regla en estos términos: "La regla aplicable en general a los contratos sinalagmáticos no está escrita en ninguna parte en nuestras leyes; se encuentran de ella solamente algunas aplicaciones esparcidas. Puede formularse así: Cuando un caso fortuito hace imposible la ejecución de la obligación de una de los partes, la obligación de la otra se extingue al mismo tiempo y necesariamente" [t. II, núm. 1336]. En el mismo sentido puede verse Hémard [t. II, núm. 1540].

1033. *Regla particular para los contratos traslativos de propiedad.* Según Hémard [t. II, núm. 1541] y Planiol [t. II, núms. 1335, 1340 y 1341] existe una regla excepcional para los contratos que engendran obligaciones de dar un cuerpo cierto. Dice este último autor: "Si se aplicara a la venta la regla común, los riesgos serían para el vendedor. En efecto, cuando la cosa vendida perece antes de ser entregada, perdería el derecho de reclamar el precio... Pero justamente se ha hecho una excepción tradicional a este principio para el contrato de venta. Se decide que los riesgos son para el comprador tan pronto como la venta está celebrada... La excepción así admitida... se ha extendido al cambio... El Código Civil la ha transportado a la teoría general de las obligaciones para aplicarla a toda obligación de dar un cuerpo cierto" [t. II, núms. 1341 y 1343].

1034. *Punto de vista de Josserand.* Este autor considera que "La pretendida derogación no existe... desde el día y en virtud de la venta el comprador se ha hecho propietario de la cosa; lo que quiere decir que el vendedor había ejecutado la primera y la más importante de las obligaciones que le incumbían, la que tendía a la trasmisión de propiedad... habiendo ejecutado una de las partes lo esencial de sus deberes, se com-

una vez válidamente contraída, subsiste siempre y no puede extinguirse sino por alguna de las maneras por las cuales se extinguen las obligaciones" *[Vente,* núm. 308].

1029. *Derecho moderno.* A su vez, Demolombe se expresa así: "Lógicamente, las dos obligaciones correlativas, que resultan de un contrato sinalagmático, son, una vez que el contrato está formado, distintas e independientes la una de la otra... La extinción del crédito del comprador por la pérdida fortuita de la cosa, no podría tener por efecto producir la extinción del crédito del precio, que pertenece al vendedor. Por otra parte, equitativamente también, aquel a quien aprovecharían las ventajas, es el que debe soportar las pérdidas; y la suerte de los aumentos implica la suerte recíproca de las disminuciones... ahora bien, en el intervalo de la venta a la entrega, la cosa habrá aumentado de valor para el comprador; y es él quien se habrá aprovechado de estos aumentos sin que el vendedor hubiera tenido derecho a exigirle un aumento de precio; luego es para él para quien ha debido disminuir o perecer, sin que pueda tener derecho a pedir al vendedor una disminución o un descargo de su obligación" [t. I, núm. 424, 2º, págs. 411-412].

## II. La regla "la cosa perece para el acreedor

1030. *Labbé.* Este jurista, refiriéndose a Demolombe, Colmet de Santerre y Laurent, dice que "son partidarios fieles de la regla romana: Res *perit creditori;* creen encontrarla en el artículo 1138 del Código Civil que grava con los riesgos de la cosa debida al acreedor desde el momento en que puede recibir este título" [Estudio citado]. [El texto del artículo citado puede verse en el número 1038 de este libro.]

## III. Dependencia de las obligaciones

1031. *Razonamientos de Capitant.* Este autor (causalista) refuta a los que sostienen la independencia de las obligaciones que nacen de un contrato bilateral, en estos términos: "Dejemos provisionalmente a un lado los textos del Código Civil relativos a este caso y razonemos inspirándonos exclusivamente en los principios... Decir que cada uno de ellos (los contratantes) se ha obligado pura y simplemente, sin más, es no ver sino la apariencia, sin analizar la doble manifestación de voluntad. Cada contratante no consiente en obligarse, lo repetimos, sino para obtener la prestación prometida por el otro. Compeler a uno de ellos a ejecutar su obligación cuando no puede obtener la contraprestación en vista de la cual se ha obligado, es ir en contra del fin que el contratante se proponía conseguir... si el inmueble arrendado pereciere por caso fortuito, es evidente que el arrendatario debe ser liberado para lo porvenir de su obligación de pagar



la renta... y lógicamente, equitativamente hay que dar también la misma solución cuando el contrato tiene por objeto transferir la propiedad de un cuerpo cierto, aunque, en este caso, según los principios de nuestro Derecho Moderno, el adquirente se hace propietario en el momento mismo de la celebración del contrato. En efecto, lo que quiere el comprador, es no solamente adquirir la propiedad sino ser puesto en posesión de la cosa a fin de usar y de gozar de ella. Ahora bien, esto no es ya posible cuando el objeto ha perecido antes de la entrega. No pudiendo alcanzar el fin que se propone, la causa de su obligación desaparece y su obligación misma debe extinguirse. Así, como se ve, la cuestión de los riesgos no puede ser resuelta equitativamente si no se inspira en la voluntad de los contratantes" *[De la cause des obligations,* núm. 133].

1032. *Principio de atribución del riesgo.* Hemos visto [núm. 203 de este libro] que no sólo los autores causalistas sino también autores anticausalistas reconocen la dependencia mutua que liga a las dos obligaciones que nacen de un contrato bilateral. Partiendo de este punto, Planiol formula la regla en estos términos: "La regla aplicable en general a los contratos sinalagmáticos no está escrita en ninguna parte en nuestras leyes; se encuentran de ella solamente algunas aplicaciones esparcidas. Puede formularse así: Cuando un caso fortuito hace imposible la ejecución de la obligación de una de los partes, la obligación de la otra se extingue al mismo tiempo y necesariamente" [t. II, núm. 1336]. En el mismo sentido puede verse Hémard [t. II, núm. 1540].

1033. *Regla particular para los contratos traslativos de propiedad.* Según Hémard [t. II, núm. 1541] y Planiol [t. II, núms. 1335, 1340 y 1341] existe una regla excepcional para los contratos que engendran obligaciones de dar un cuerpo cierto. Dice este último autor: "Si se aplicara a la venta la regla común, los riesgos serían para el vendedor. En efecto, cuando la cosa vendida perece antes de ser entregada, perdería el derecho de reclamar el precio... Pero justamente se ha hecho una excepción tradicional a este principio para el contrato de venta. Se decide que los riesgos son para el comprador tan pronto como la venta está celebrada... La excepción así admitida... se ha extendido al cambio... El Código Civil la ha transportado a la teoría general de las obligaciones para aplicarla a toda obligación de dar un cuerpo cierto" [t. II, núms. 1341 y 1343].

1034. *Punto de vista de Josserand.* Este autor considera que "La pretendida derogación no existe... desde el día y en virtud de la venta el comprador se ha hecho propietario de la cosa; lo que quiere decir que el vendedor había ejecutado la primera y la más importante de las obligaciones que le incumbían, la que tendía a la trasmisión de propiedad... habiendo ejecutado una de las partes lo esencial de sus deberes, se com-

prende que las obligaciones de la otra parte subsisten a pesar de la pérdida de la cosa" [t. II, núm. 371].

1035. *Opinión de Esmein.* "La solución que pone los riesgos a cargo del comprador no se justifica por la idea de que el vendedor, transfiriendo la propiedad, ha cumplido su principal obligación, porque ésta es de entregar la cosa [art. 1582] con un efecto útil. Pero puede justificarse por la idea de que el vendedor, obligado a conservar la cosa para el comprador, está en la situación de un depositario; a menudo la conserva sin remuneración especial" [Planiol, Ripert et Esmein, t. VI, núm. 414].

1036. *Remisión.* En verdad la pérdida de la cosa "se soporta naturalmente por el propietario *(Res perit domino)* en esta calidad y como acreedor" [Josserand, t. II, núm. 371], como lo vamos a ver a continuación.

### IV. La regla "la cosa perece para el dueño"

1037. *"Res perit domino."* "Diversos autores de los siglos XVII y XVIII, Puffendorf, Barbeyrac y otros, combatieron en nombre del derecho natural la solución romana que ponía los riesgos a cargo del comprador y pretendieron que, según los verdaderos principios de la equidad, la cosa vendida debía quedar a los riesgos del vendedor en tanto que éste quedare propietario... su sistema se resumió y se expresó en la máxima: *Res perit domino*" [Planiol, t. II, núm. 1346].

1038. *El código Napoleón.* Este código contiene el artículo 1138 concebido en estos términos: "La obligación de entregar la cosa es perfecta por el solo consentimiento de las partes contratantes. Hace al acreedor propietario y pone la cosa a sus riesgos desde el instante en que ha debido ser entregada, aunque la entrega no haya sido hecha, a menos que el deudor esté en mora de entregarla, caso en el cual la cosa queda a los riesgos de este último."

1039. *Interpretación de Labbé.* Dice que el artículo transcrito en el número anterior se debe entender como si dijera "la obligación hace al acreedor propietario y por consiguiente lo grava con los riesgos de la cosa". [Estudio citado.]

1040. *Comentario de Planiol.* "¿El artículo 1138 ha conservado la solución tradicional, la que daba Pothier o bien ha tomado en cuenta la opinión de los autores que se colocaban en el terreno del derecho natural? Basta leerlo, sin opinión preconcebida, para percibir que la máxima *Res perit domino*, que había ejercido grande influencia sobre los jurisconsultos de los dos últimos siglos, dominaba el espíritu de los redactores del Código y que es ella la que ha inspirado su decisión... Los riesgos pasan al acreedor de la cosa en el momento mismo en que se hace propietario de ella... no es un simple derecho a la cosa el que tiene el acreedor, es un derecho de propiedad. Si, pues, aquélla perece por fuerza mayor o por caso fortuito desde la época en que ha debido ser entregada, la pérdida es para el acreedor, según la regla: *Res perit domino*" [t. II, núm. 1347].



## SECCION 4ª DERECHO PORTUGUES

1041. *Predominio de la regla Res perit domino.* En el Código Civil Portugués se encuentran los artículos del tenor siguiente: "Artículo 717. Si la cosa transferida por efecto del contrato se deteriorase o perdiese en poder del enajenante, correrá el riesgo por cuenta del adquirente, salvo que se hubiese deteriorado o perdido por culpa o negligencia del enajenante." "Artículo 719. En los contratos en que la prestación de la cosa no envuelve transferencia de propiedad, el riesgo de la cosa corre siempre por cuenta de su dueño, excepto si hay culpa o negligencia de la otra parte." Comentando Cunha Gonçalves estos artículos, pone de manifiesto cómo en ellos está reconocido el adagio *"res suo domino perit"* [t. IV, núm. 574].

## SECCION 5ª PROYECTO DE CODIGO ESPAÑOL

1042. *Textos y comentarios.* "Artículo 1006. Desde que el contrato se perfecciona por el consentimiento de las partes el riesgo de la cosa corre a cargo del acreedor." En el comentario de García Goyena se lee: "El primer párrafo y... son el artículo 1138 francés... Vé lo expuesto al artículo 981." "Artículo 981. La propiedad pasa al acreedor y la cosa está a su riesgo desde que el deudor queda obligado a su entrega." El comentario de García Goyena dice así: "Desde entonces asiste al acreedor, no ya un simple derecho a la cosa *(jus ad rem)*, sino un derecho de dominio *(jus in re)*. Por lo tanto, si la cosa perece por fuerza mayor o caso fortuito después que nació la obligación de entregarla, perece para el acreedor; según la regla, *res perit domino*, aun cuando se haya señalado plazo o término para hacer la entrega, pues el contrato quedó perfeccionado por el mutuo consentimiento: vé el artículo 1006." Nótese la concordancia de este comentario con los de los autores franceses que hemos citado en los números 1037 a 1040 precedentes.

## SECCION 6ª EL CODIGO DE 1884

1043. *Contratos traslativos de propiedad.* "Artículo 1430. Desde que el contrato se perfecciona por el consentimiento de las partes, es de cuenta del acreedor el riesgo de la cosa, aun cuando ésta no le haya sido entregada."

Según este artículo el riesgo de la cosa es de cuenta del acreedor porque es el dueño, de conformidad con lo expuesto en los números 1037 a 1042 anteriores; en realidad consagra la regla de que la cosa perece para su dueño.

"Artículo 1448. En los contratos de enajenación con reserva de la posesión, uso o goce de la cosa hasta cierto tiempo, se observarán las reglas siguientes... III. A falta de convenio y de culpa, cada interesado sufrirá la pérdida que le corresponda, en el todo, si la cosa perece totalmente, o en parte, si la pérdida fuere sólo parcial." Este precepto concuerda con un artículo del proyecto de Código Portugués respecto del cual Días Ferreira se expresa así: "La Comisión Revisadora, después en los trabajos de la primera revisión, eliminó el siguiente artículo del proyecto primitivo que se hallaba colocado en lugar inmediato al artículo 810 correspondiente al 717 del Código —En los contratos de enajenación con reserva de posesión, uso o goce de la cosa, hasta cierto tiempo, la pérdida o deterioro fortuito de la cosa correrá por cuenta de ambas partes, si tuviese lugar en ese intervalo, excepto habiendo estipulación en contrario— porque además de envolver contradicción con los principio a que estaba subordinado el precepto del mismo proyecto, consignado en el artículo 813, correspondiente al artículo 719 del Código, establecía jurisprudencia contraria a la teoría reconocida en los artículos 715 y 717 sobre la transmisión de propiedad" [t. II, pág. 50]. Quizás la significación de nuestro artículo 1448 sea la de que en el caso previsto en él, el adquirente pierde la cosa como dueño que es de ella y el que se reserve la posesión, uso o goce de la misma pierde este derecho.

1044. *Contratos no traslativos de propiedad.* Nuestro antiguo código, en el capítulo denominado "De la prestación de cosas", además de los artículos citados en el número inmediato anterior, contiene este precepto: "Artículo 1450. En los contratos en que la prestación de la cosa no importe traslación de la propiedad, el riesgo será siempre de cuenta del dueño, menos cuando intervenga culpa o negligencia de la otra parte." Es obvio que el artículo que se acaba de transcribir aplica también la regla de que la cosa perece para su dueño, de acuerdo con lo que establece el artículo 719 del Código Portugués.

1045. *Contratos que producen obligación de hacer o de no hacer.* Nuestro código no contiene a este respecto precepto general alguno. Hay, pues, que aplicar el principio establecido en el número 1032 de este libro.

## SECCION 7ª EL CODIGO DE 1928

1946. *Contratos traslativos de propiedad.* "Artículo 2017. En los casos en que la obligación de dar cosa cierta importe la traslación de la propiedad de esa cosa, y se pierde o deteriora en poder del deudor, se observarán



las reglas siguientes... V. Si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida, a menos que otra cosa se haya convenido." Aquí vemos adoptada nuevamente la regla *Res perit domino.*

"Artículo 2022. Cuando la obligación de dar tenga por objeto una cosa designada sólo por su género y cantidad, luego que la cosa se individualice por la elección del deudor o del acreedor, se aplicarán, en el caso de pérdida o deterioro, las reglas establecidas en el artículo 2017."

Artículo 2023, fracción III. Este precepto concuerda con el artículo 1448 fracción III del código de 1884 y, en consecuencia, le son aplicables las observaciones hechas en el número 1043 de este tomo.

1047. *Contratos no traslativos de propiedad.* Nuestro código vigente en el capítulo denominado "De las obligaciones de dar", además de los artículos citados en el número precedente contiene el artículo que dice: "Artículo 2024. En los contratos en que la prestación de la cosa no importe la traslación de la propiedad, el riesgo será siempre de cuenta del acreedor, a menos que intervenga culpa o negligencia de la otra parte." Como se ve, en este punto, el nuevo código no ha seguido al anterior, sino que ha adoptado como regla general la de que la cosa perece para el acreedor y no para el dueño.

1048. *Contratos que producen obligación de hacer o de no hacer.* Hay que aplicar en este caso la regla general establecida en el núbero 1032 de este libro. Esta regla, pues, será la aplicable a los ejemplos de Josserand citados en el número 1026 del mismo libro.

## SECCION 8ª LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES

### I. El código de 1884

#### A. *Condición suspensiva*

1049. *El código Napoleón y crítica.* Este código en su artículo 1182 párrafo primero dice: "Cuando la obligación se ha contraído bajo una condición suspensiva, la cosa que es materia del contrato queda a los riesgos del deudor, que no se ha obligado a entregarla sino en el caso de advenimiento de la condición." "Este texto supone una obligación de dar (digamos una venta) contraída bajo una condición suspensiva; la cosa perece antes de que la condición esté realizada, después la condición se realiza. El riesgo, dice al artículo 1182, es entonces a cargo del deudor, del vendedor; el comprador no tendrá que pagar el precio. Se notará que esta solución está en contradicción con el principio de que la condición produce un efecto retroactivo. Porque, lógicamente, habiéndose realizado la condición, el comprador debería ser considerado como habiendo sido propietario de la cosa vendida

desde el momento de la venta y debería, desde entonces, sufrir el efecto de la máxima: *Res perit domino*. La equidad es la que ha hecho apartar aquí la retroactividad de la condición..." [Colin et Capitant, t. II, núm. 94]. Laurent también critica el sistema del código Napoleón [t. XVII, núm. 96].

1050. *García Goyena.* El proyecto de código español contiene el artículo 1040 en el que se lee: "Cuando las obligaciones se hayan contraído bajo condición suspensiva y pendiente ésta se perdiere, deteriorare o bien se mejorare la cosa que fuere objeto del contrato, se observarán las disposiciones siguientes [párrafo primero]... Cuando la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el menoscabo es de cuenta del acreedor" [párrafo cuarto]. Comentario de García Goyena. "Se deteriora sin culpa del deudor. En este caso habemos preferido el Derecho Romano y Patrio. *Jam si extet res, licet deterior effecta, potest dici esse dammum emptoris* (pero si existiera la cosa, aunque se haya deteriorado, puede decirse que el daño es del comprador); la citada ley 8, título 6, libro 18 del Digesto: Si la cosa se empeorasse o se mejorasse, ante que la condición sea cumplida; entonce el daño de aquel empeoramiento o la pro pertenesce al comprador; la misma ley 26, título 5, Partida 5."

1051. *Nuestro código.* El artículo 1340 reproduce literal y fielmente el primer párrafo del artículo 1040 del proyecto de código español. El artículo 1343 está redactado así: "Cuando la cosa se pierde o se deteriora sin culpa del deudor la pérdida o menoscabo es de cuenta del acreedor." Este artículo es, con una ampliación relativa a la pérdida de la cosa, el párrafo cuarto del artículo 1040 del Proyecto español y, por lo mismo, a nuestro artículo 1343 es aplicable el comentario de García Goyena copiado en el número precedente. Por otra parte, al establecer nuestro código el riesgo a cargo del acreedor, podemos decir que está de acuerdo con el punto de vista crítico de Colin y Capitant, expuesto en el número 1049 de este libro.

### B. *Condición resolutoria*

1052. *García Goyena.* Proyecto de código español: "Artículo 1041 (párrafo tercero). En el caso de pérdida, deterioro o mejora de la cosa restituible, se aplicarán, al que debe hacer la restitución, las disposiciones que, respecto del deudor, contiene el artículo precedente." Comentario de García Goyena: "Las disposiciones del artículo 1040 sobre el caso de condición suspensiva, son aplicables al de condición resolutoria, convencional... por la existencia de ésta, el comprador, por ejemplo, que era verdadero dueño de la cosa, se convierte en deudor de la misma."

1053. *Nuestro código.* El artículo 1348 reproduce casi literalmente el párrafo que se acaba de transcribir del proyecto español, así es que el comentario relativo de García Goyena le es aplicable. Dice nuestro artículo: "En el caso de pérdida, deterioro o mejora de la cosa restituible, se aplicarán al



que deba hacer la restitución, las disposiciones que respecto del deudor contienen los artículos que preceden." Ahora bien, según hemos visto, el artículo 1343 dispone que cuando la cosa se pierde o se deteriora sin culpa del deudor, la pérdida o menoscabo es de cuenta del acreedor. Así es que, siendo en el caso de condición resolutoria, deudor el adquirente de la cosa, el enajenante es el acreedor y a cargo de éste será el riesgo de dicha cosa. Nótese que, por el efecto retroactivo de la condición resolutoria, el enajenante se reputa haber sido dueño de la cosa cuando ésta se perdió.

## II. El código de 1928

### A. *Condición suspensiva*

1054. *El Código Español y comentarios.* "Artículo 1182. Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora." Comentario de Manresa. "Puede surgir duda acerca de si los efectos extintivos de la pérdida justificada, y en general de la imposibilidad de cumplimiento, se refieren sólo al deudor, que debiera dar o hacer lo que ya no es posible, o liberan también al acreedor que, por obligación recíproca de la extinguida, debía cumplir también algunas prestaciones. El artículo 895 del código argentino se decide por la afirmativa, estableciendo la devolución a dicho acreedor de lo que ya hubiese entregado... Examinando esta cuestión en nuestro derecho y planteándola como debe hacerse, encontramos en la íntima y necesaria correlación de las obligaciones recíprocas, reconocida en el artículo 1124, fundamento bastante para aplicar la misma solución de justicia del código argentino, siempre que una de aquellas obligaciones se extinga efectivamente por la pérdida de la cosa debida... lo cual excluye de tal solución el caso de que, por tratarse de una obligación que tuviese por objeto trasmitir la propiedad de la cosa, se hubiese verificado dicha transmisión, bien real, bien figurada, por los medios legales; basándose esta excepción, no sólo en el principio de que las cosas perecen para sus dueños, sino..." [t. VIII, págs. 341-342]. Como se ve, la doctrina española concuerda con la francesa que hemos expuesto en los números 1032 y siguientes.

"Artículo 1122. Cuando las condiciones fueren puestas con el intento de suspender la eficacia de la obligación de dar, se observarán las reglas siguientes, en el caso de que la cosa mejore o se pierda o deteriore pendinte la condición. 1ª Si la cosa se perdió sin culpa del deudor, quedará extinguida la obligación... 3ª Cuando la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el menoscabo es de cuenta del acreedor..." Comentario de De Buen: "Si la cosa se perdiere sin culpa del deudor, quedará extinguida la obligación. De estas palabras resulta que, admitido el principio de la retro-

actividad de la condición, este artículo es una aplicación de lo dispuesto en el artículo 1182 para las obligaciones puras. Por lo tanto, el artículo 1122 no tiene otro alcance que el 1182. De ello se deduce que su aplicación a las obligaciones bilaterales dará el mismo resultado que hemos visto en la nota anterior, con referencia a las obligaciones puras. Si se trata de una obligación condicional de dar, nacida de un contrato de compraventa, aunque la cosa se pierda antes de cumplida la condición; regirá al mismo principio que si la cosa se perdiera tratándose de una obligación pura de dar, antes de la entrega. Por lo tanto, en tal supuesto, el deudor del precio no quedará exento de la obligación de pagarlo. Esta doctrina, según decimos en la nota que precede, no será aplicable ni al arrendamiento de obra ni al arrendamiento de cosas ni tampoco a los censos." [Nota núm. 486, pág. 700, t. III, de la traducción española del Curso Elemental de Derecho Civil por Colin y Capitant.]

1055. *El código de 1928.* "Artículo 1948. Cuando las obligaciones se hayan contraído bajo condición suspensiva y, pendiente ésta, se perdiere, deteriorare o bien se mejorare la cosa que fue objeto del contrato, se observarán las disposiciones siguientes: I. Si la cosa se pierde sin culpa del deudor, quedará extinguida la obligación... III. Cuando la cosa se deteriore sin culpa del deudor, éste cumple su obligación entregando la cosa al acreedor en el estado en que se encuentre al cumplirse la condición..." Siendo la fuente de este artículo el 1122 del Código Español, le son aplicables los comentarios de De Buen y de Manresa expuestos en el número anterior.

B. *Condición resolutoria*

1056. *Derecho español.* Refiriéndose Manresa al artículo 1122 del código español, citado en el número 1054 de este tomo, agrega: "Aun cuando este artículo 1122 está redactado sólo, como dice su párrafo preliminar, para las obligaciones sujetas a condición suspensiva, es aún mayor su alcance, pues como a continuación veremos, se aplican también, por lo general, sus preceptos para el caso de obligaciones afectadas por condición resolutoria... Tiene este artículo su inmediato antecedente en el 1040 de nuestro Proyecto de 1851..."

1057. *Código de 1928.* Este código no contiene precepto alguno sobre la cuestión de los riesgos en el caso de condición resolutoria. Hay que aplicar analógicamente las reglas establecidas para el caso de condición suspensiva [véanse los números 1051 y 1053 a 1055 de este libro]. En consecuencia, debemos adoptar en principio la regla de que la cosa perece para el deudor; pero cuando la obligación tiene por objeto trasmitir la propiedad de la cosa, ésta perece para el enajenante que es el acreedor y el dueño.

*CUARTA DIVISION*

## EL SANEAMIENTO

1058. *Tabla A*

C. a. 1488.—G. 1398.—C. v. 2119.
" " 1489.—G. 1398.—C. N. 1626.—C. v. 2120.
" " 1490.—G. Comentario al art. 1398 del proyecto de Código español.
" " 1491.—C. N. 1627.—C. P. 1055.—G. 1398.—C. v. 2121.
" " 1492.—G. 1399.—C. P. 1055.—C. N. 1628.—C. v. 2122.
" " 1494.—G. 1400.—C. N. 1629.—C. E. 1477.—C. v. 2123.
" " 1495.—C. v. 2124.
" " 1496.—C. v. 2125.
" " 1497.—G. 1401.—C. N. 1630 y 1634.—C. P. 1047.—C. v. 2126.
" " 1498.—C. P. 1048.—C. N. 1635.—C. v. 2127.
" " 1499.—C. v. 2128.
" " 1500.—C. v. 2129.
" " 1501.—C. P. 1047 párrafo 1º—C. N. 1630, 2º—C. v. 2130.
" " 1502.—C. P. 1047 párrafo 2º—C. v. 2131.
" " 1503.—C. v. 2132.
" " 1506.—C. v. 2133.
" " 1507.—C. P. 1049.—C. v. 2134.
" " 1508.—C. P. 1050.—C. v. 2135.
" " 1509.—G. 1402.—C. v. 2136.
" " 1510.—C. P. 1053.—C. v. 2137.
" " 1511.—G. 1405.—C. N. 1638.—C. E. 1483.—C. v. 2138.
" " 1513.—C. P. 1051.—C. v. 2140.

1059. *Tabla B*

C. v. 2119.—C. a. 1488.
" " 2120.—C. a. 1489.
" " 2121.—C. a. 1491.
" " 2122.—C. a. 1492.
" " 2123.—C. a. 1494.
" " 2124.—C. a. 1495.

„ „ 2125.—C. a. 1496.
„ „ 2126.—C. a. 1497.
„ „ 2127.—C. a. 1498.
„ „ 2128.—C. a. 1499.
„ „ 2129.—C. a. 1500.
„ „ 2130.—C. a. 1501.
„ „ 2131.—C. a. 1502.
„ „ 2132.—C. a. 1503.
„ „ 2133.—C. a. 1506.
„ „ 2134.—C. a. 1507.
„ „ 2135.—C. a. 1508.
„ „ 2136.—C. a. 1509.
„ „ 2137.—C. a. 1510.
„ „ 2138.—C. a. 1511.
„ „ 2139.—C. a. 1512.
„ „ 2140.—C. a. 1513.
„ „ 2141.—C. Ch. 1851.
„ „ 2142.—C. a. 2873.—G. 1406.—C. N. 1641.
„ „ 2143.—C. a. 2874.—G. 1407.—C. N. 1642.
„ „ 2144.—C. a. 2875.—G. 1408.—C. N. 1644.
„ „ 2145.—C. a. 2876.—G. 1408.—C. N. 1645.
„ „ 2146.—C. a. 2877.
„ „ 2147.—C. a. 2878.—G. 1409.—C. N. 1647.
„ „ 2148.—C. a. 2879.—G. 1409.
„ „ 2149.—C. a. 2880.
„ „ 2150.—C. a. 2881.—C. Arg. 2177.—G. 1413.
„ „ 2151.—C. a. 2882.—G. 1413.
„ „ 2152.—C. a. 2883.—G. 1414.
„ „ 2153.—C. a. 2884.—G. 1425.
„ „ 2154.—C. a. 2885.—G. 1427.
„ „ 2155.—C. a. 2886.
„ „ 2156.—C. a. 2887.
„ „ 2157.—C. a. 2888.
„ „ 2158.—C. Arg. 2166.
„ „ 2159.—C. Arg. 2168.
„ „ 2160.—C. Arg. 2179.
„ „ 2161.—C. O. 204.
„ „ 2162.—C. Arg. 2171.—C. N. 1649.

1060. BIBLIOGRAFIA. PLANIOL, t. II, núm. 1462-1470 bis et 1476-1520; COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 558-585; BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT: *De la vente et de l'echange (Traité théorique et pratique de Droit Civil)*, t. XIX, núms. 347-491; LAURENT, t. XXIV, núms. 208-307; PLANIOL, RIPERT et HAMEL: *Contrats civils*, núms. 95-140; JOSSERAND, t. II, núms. 1092-1124; HÉMARD, t. II, núms. 1864, 1866-1880; GUILLOUARD: *Traités de la Vente et de l'Echange*, t. I, núms. 294-479; BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis*, t. II, núms. 771-809; GARCÍA GOYENA: comentarios a los artículos citados con G. en la tabla A; CUNHA GONÇALVES, t. VI: comentarios a los artículos citados con C. P. en la tabla A; DÍAS FERREIRA, t. II: comentarios a los mismos artículos; MANRESA, t. X, págs. 220-225; PASCUAL LACAL: *Interpretación del artículo 1483 del Código civil (español) en la Revista de Derecho Privado*, t. XVI, págs. 93-95; Exposición de motivos del Código de 1870; BARROS ERRÁZURIZ, t. III, núm. 101, págs. 148; LAFAILLE: *Curso de Contratos*, t. II, págs. 512 y 517; SCHNEIDER et FICK, t. I, págs. 363-365.

TÍTULO SÉPTIMO

# EL SANEAMIENTO EN CASO DE EVICCION

## CAPÍTULO PRIMERO

### *El régimen normal*

## SECCION 1ª LA EVICCION

1061. *Definición.* "Habrá evicción cuando el que adquirió alguna cosa fuere privado del todo o parte de ella por sentencia que cause ejecutoria, en razón de algún derecho anterior a la adquisición" [art. 2119 del código de 1928 y 1488 del código de 1884].

En esta sección y en la siguiente trataremos de la evicción total; en la sección tercera nos ocuparemos de la evicción parcial.

1062. *Diferentes casos de evicción.* 1º Un contratante enajena cosa que no es de su propiedad al otro contratante. El verdadero dueño de la cosa entabla una acción reivindicatoria en contra del que aparece como adquirente y en ese juicio se pronuncia sentencia que causa ejecutoria declarando que el actor tiene dominio sobre la mencionada cosa y ordenando que se la entregue el demandado, el cual sufre evicción [Planiol, t. II, número 1486]. 2º El adquirente no ha obtenido la posesión de la cosa y la reclama del tercero que la tiene en su poder; éste prueba ser propietario de ella y en consecuencia la sentencia declara improcedente la acción [Colin et Capitant, t. II, núm. 561].

A la evicción propiamente dicha se deben asimilar los casos siguientes: *a)* El adquirente, para evitar un juicio inútil, abandona voluntariamente la cosa, cuando el derecho del propietario que la reclama es evidente [Planiol, t. II, núm. 1487]. No deberá obrar así sino con la mayor prudencia [Hémard, t. II, núm. 1873]. *b)* El adquirente conserva la cosa a título distinto de la enajenación que se le ha hecho. Por ejemplo, el verdadero dueño, habiendo muerto después, lo ha instituido su heredero; puede decirse que el adquirente está desposeído en tal carácter porque no tiene la cosa sino en calidad de heredero [Planiol, t. II, núm. 1487 y Colin et Capitant, t. II, número 561].



1063. *Casos que no son de evicción.* 1º El adquirente tiene conocimiento de que la cosa pertenece a un tercero, pero éste no ejercita acción alguna para recobrar la cosa [arts. citados en el núm. 1061 de este libro y Planiol, t. II, núms. 1478-1479]. 2º El adquirente es desposeído de la cosa por vías de hecho que son obra de personas que no pretenden tener ningún derecho sobre aquélla [arts. citados en el núm. 1061 de este libro y Planiol, t. II, núm. 1478].

1064. *El pleito de evicción.* Se llama así [frac. III, art. 1497 del código de 1884 y frac. III, art. 2126 del código de 1928] el juicio en el que el adquirente se ve amenazado por un tercero y en el cual el enajenante debe defenderlo, de manera que la sentencia le sea favorable.

Según el artículo 1495 del código de 1884, "El adquirente debe denunciar el pleito de evicción al que enajenó, antes del alegato de su derecho escrito o verbal que cierra la instancia, si la cuestión fuere simplemente de derecho; o antes de recibirse el negocio a prueba en los casos en que ésta fuere necesaria". El artículo 2124 del código de 1928 ha reformado el artículo anterior en estos términos: "El adquirente, luego que sea emplazado, debe denunciar el pleito de evicción al que le enajenó." La reforma notoriamente es acertada porque se pone al enajenante en condición de hacer una defensa efectiva, oponiendo las excepciones que procedan.

## SECCION 2ª EL SANEAMIENTO

1065. *Responsabilidad civil.* "Todo el que enajena está obligado a responder de la evicción, aunque nada se haya expresado en el contrato" [arts. 1489 del código de 1884 y 2120 del código de 1928]. El que enajena una cosa se obliga a trasmitir la propiedad de ella al adquirente y en consecuencia a procurarle la posesión pacífica de la misma [Planiol, t. II, número 1476 y art. 2891 del código de 1884 relativo a la venta]. Así es que si se produce la evicción, el enajenante falta al cumplimiento de su obligación. [Planiol, lugar citado]. Ahora bien, a este caso especial se le podrían aplicar los preceptos generales sobre responsabilidad civil a que se refieren los números 930 y siguientes de este tomo; pero nuestros códigos, como los de otras naciones, contienen preceptos especiales sobre la responsabilidad de que estamos tratando ahora, llamada saneamiento.

Es de advertirse que los códigos mexicanos, a ejemplo del código portugués, dedican a la evicción y al saneamiento un capítulo del libro en el que se encuentran las reglas generales sobre las obligaciones. El código Napoleón y los códigos que lo han seguido en este punto, regulan la materia de evicción y saneamiento sólo respecto del contrato de compraventa; mas la doctrina hace aplicables esas reglas a los demás contratos traslativos a título oneroso [Colin et Capitant, t. II, núm. 558].

1066. *Reclamación del saneamiento.* El adquirente puede reclamar a su enajenante el saneamiento [arts. 1496, 1497 y 1498 del código de 1884 y 2125, 2126 y 2127 del código de 1928].

Según el artículo 1490 del código de 1884, "Cuando la cosa objeto de la evicción hubiere pertenecido sucesivamente a diversos propietarios, cada uno de éstos está obligado con el inmediato adquirente, y tiene derecho a reclamar el saneamiento al que le enajenó, todo con arreglo a las disposiciones de este capítulo". Nótese que este precepto no es sino una aplicación del principio que acabamos de exponer de que el adquirente reclama a su enajenante.

La reclamación puede ser extrajudicial o judicial. En este caso, el juicio que promueve el adquirente se llama el pleito de saneamiento [código de 1884, art. 1497, frac. III y código de 1928, art. 2126, frac. III].

1067. *Buena fe del enajenante.* Este procede de buena fe si al enajenar la cosa está en la creencia de que es suya. En tal caso, el fallo judicial impone al que enajena la obligación de indemnizar al que sufrió la evicción, entregándole: "I. El precio íntegro que recibió por la cosa. II. Los gastos causados en el contrato, si fueron satisfechos por el adquirente. III. Los causados en el pleito de evicción y en el de saneamiento. IV. El valor de las mejoras útiles y necesarias, siempre que en la sentencia no se determine que el vencedor satisfaga su importe." [Arts. 1496 y 1497 del código de 1884 y 2125 y 2126 del código de 1928; en este último artículo hay dos erratas de imprenta, pues en lugar de "fueron" se dice "fueren" y en lugar de vencedor" se dice "vendedor".]

1068. *Mala fe del enajenante.* Procede de mala fe el que enajena una cosa sabiendo que no es de su propiedad [ver comentario de García Goyena al art. 1401 del proyecto de código español y el Digesto, libro XIX, título 1, ley 45, párrafo 1, al fin].

Si el que enajenó hubiere procedido de mala fe, tendrá todas las obligaciones mencionadas en el número 1067 que precede, con las agravaciones siguientes: "I. Devolverá, a elección del adquirente, el precio que la cosa tenía al tiempo de la adquisición, o el que tenga al tiempo en que sufra la evicción. II Satisfará al adquirente el importe de las mejoras voluntarias y de mero placer que haya hecho en la cosa. III. Pagará los daños y perjuicios" [arts. 2127 del código de 1928 y 1498 del código de 1884], es decir, los demás daños y perjuicios.

1069. *Caso asimilado al anterior.* "Si el que enajena no sale sin justa causa al pleito de evicción, en tiempo hábil, o si no rinde prueba alguna, o no alega, queda obligado al saneamiento en los términos del artículo anterior" [arts. 2128 del código de 1928 y 1499 del código de 1884].

1070. *Reglas aplicables a los casos de buena y de mala fe del enajenante.* Nuestros códigos establecen varias reglas, sin distinción entre buena o mala fe del enajenante. Vamos a exponer estas reglas en los cuatro números siguientes.



1071. *Las mejoras.* Las mejoras que el que enajenó hubiese hecho antes de la enajenación, se le tomarán a cuenta de lo que debe pagar, siempre que fueren abonadas por el vencedor" [arts. 2133 del código de 1928 y 1506 del código de 1884].

1072. *Los frutos.* "Si el adquirente fuere condenado a restituir los frutos de la cosa, podrá exigir del que enajenó la indemnización de ellos o el interés legal del precio que haya dado" [arts. 1501 del código de 1884 y 2130 del código de 1928]. La razón es que el enajenante debe asegurar al adquirente todo lo que le había prometido por el contrato [Baudry-Lacantinerie et Saignat, núm. 376, pág. 382].

El adquirente de buena fe puede ser condenado a restituir los frutos de la cosa, si habiendo sido de buena fe al celebrar la compraventa, más tarde descubre el vicio de su título; desde este momento cesa de ser de buena fe [Baudry-Lacantinerie et Saignat, número 376] y queda obligado a devolver los frutos que desde entonces haya percibido o su precio, si por sentencia irrevocable se declara que poseyó de mala fe [arts. 834 a 836 del código de 1884 y arts. 808 y 810, frac. I del código de 1928].

"Si el que adquirió no fuere condenado a dicha restitución, quedarán compensados los intereses del precio con los frutos recibidos" [arts. 1502 del código de 1884 y 2131 del código de 1928].

1073. *Los deterioros.* El código de 1884 en sus artículos 1504 y 1505 previene que "Los deterioros que la cosa haya sufrido, serán de cuenta del que los causó". "Si el que adquirió hubiere sacado de los deterioros algún provecho, el importe de éste se deducirá del de la indemnización."

1074. *Reconocimiento de los derechos del tercero.* "Si el que enajena, al ser emplazado, manifiesta que no tiene medios de defensa y consigna el precio por no quererlo recibir el adquirente, queda libre de cualquiera responsabilidad posterior a la fecha de la consignación" [arts. 1503 del código de 1884 y 2132 del código de 1928].

"Si al denunciarse el pleito, o durante él, reconoce el que enajenó el derecho del que reclama, y se obliga a pagar conforme a las prescripciones de este capítulo, sólo será responsable de los gastos que se causen hasta que haga el reconocimiento, y sea cual fuere el resultado del juicio" [artículos 1510 del código de 1884 y 2137 del código de 1928].

1075. *Irresponsabilidad del enajente.* El que enajena no responde por la evicción: I. Si así se hubiere convenido. II. Cuando el adquirente ha renunciado el derecho al saneamiento para el caso de evicción. III. Si conociendo el que adquiere el derecho del que entabla la evicción, lo hubiere ocultado dolosamente al que enajena. IV. Si la evicción procede de una causa posterior al acto de enajenación, no imputable al que enajena o de

hecho del que adquiere, ya sea anterior o posterior al mismo acto. V. Si el adquirente, luego que sea emplazado, no cumple con su deber denunciando el pleito de evicción al que le enajenó. VI. Si el adquirente y el que reclama transigen o comprometen el negocio en árbitros sin consentimiento del que enajenó. VII. Si la evicción tuvo lugar por culpa del adquirente [arts. 2140 del código de 1928 y 1513 del código de 1884]. Además, "si el que enajena y el que adquiere proceden de mala fe, no tendrá el segundo, en ningún caso, derecho al saneamiento ni a indemnización de ninguna especie" [artículos 2129 del código de 1928 y 1500 del código de 1884].

1076. *Venta en remate.* Según el código de 1928, artículo 2141: "En las ventas hechas en remate judicial, el vendedor no está obligado por causa de la evicción que sufriere la cosa vendida, sino a restituir el precio que haya producido la venta" [art. 2141 del código de 1928]. "En estas ventas, que no son voluntarias de parte del deudor, aunque éste es el que hace las veces de vendedor y de tradente, es el juez quien le sirve de representante legal; no cabe en ellas la mala fe de parte del vendedor, y por eso sólo está obligado a devolver el precio y no a pagar perjuicios" [Barros Errázuriz, t. III, núm. 101, pág. 148].

## SECCION 3ª SANEAMIENTO EN CASO DE EVICCION PARCIAL

1077. *Evicción de una parte de la cosa enajenada.* "Cuando el adquirente sólo fuere privado por la evicción de una parte de la cosa adquirida, se observarán respecto de ésta las reglas establecidas en este capítulo (denominado de la evicción y saneamiento); a no ser que el adquirente prefiera la rescisión del contrato" [art. 1507 del código de 1884 y 2134 del código de 1928].

1078. *Evicción de una de las cosas enajenadas.* También se observará lo dispuesto en el artículo que precede, cuando en un solo contrato se hayan enajenado dos o más cosas sin fijar el precio de cada una de ellas, y una sola sufriera la evicción [arts. 2135 del código de 1928 y 1508 del código de 1884].

1079. *Obligación del adquirente si elige la rescisión del contrato.* "En los casos de los dos artículos anteriores, si el que adquiere elige la rescisión del contrato, está obligado a devolver la cosa libre de los gravámenes que le haya impuesto" [arts. 1509 del código de 1884 y 2136 del código de 1928].

## SECCION 4ª CASO DE CARGA O SERVIDUMBRE

1080. *Texto legal.* "Si la finca que se enajenó se hallaba (halla dice por errata de imprenta el código vigente) gravada, sin haberse hecho mención de ello en la escritura, con alguna carga o servidumbre voluntaria no aparente, el que adquirió puede pedir la indemnización correspondiente al gravamen o la rescisión del contrato" [arts. 1511 del código de 1884 y 2138 del código de 1928]. Fácilmente se advierte que el caso a que se refiere este precepto es de evicción parcial.



1081. *Las cargas.* "La ley entiende por cargas los derechos reales que son desmembramientos de la propiedad" [Laurent, t. XXIV, núm. 266].

1082. *Referencia a las servidumbres.* En cuanto a las servidumbres conviene citar aquí como antecedentes los artículos 942, 945, 948, 949, 951, 955, 1029, 1033 y 1034 del código de 1884 y artículos 1057, 1059, 1062, 1063, 1065, 1068, 1109, 1113 y 1114 del código de 1928.

1083. *Casos en que no procede el saneamiento.* Del texto transcrito en el número 1080 se desprende desde luego que el enajenante no está obligado a prestar el saneamiento: *a)* Si el inmueble objeto de la enajenación estaba gravado con una servidumbre legal, porque, como dice Planiol [t. II, núm. 1493] las servidumbres de este género constituyen la situación normal de la propiedad; *b)* Si la servidumbre era aparente, porque no puede quejarse el adquirente si no ha examinado la finca por sí mismo ni ha visto los signos que anuncian exteriormente la servidumbre [Planiol, t. II, número 1494]; *c)* Si aun siendo la servidumbre voluntaria y no aparente, se ha hecho mención de ella en la escritura, porque, ¿de qué podría quejarse el adquirente si ha adquirido con pleno conocimiento de causa? [Planiol, t. II, núm. 1494].

Por la misma razón, y aunque la ley no lo diga, se debe rehusar toda acción al adquirente que de hecho y por un medio cualquiera, ha tenido conocimiento de una carga o servidumbre voluntaria no aparente, que el que enajenó ha omitido declarar. El enajenante no tenía por qué instruir al adquirente de una cosa que ya sabía y sería una burla de parte de éste quejarse en seguida de no haber sido advertido [Planiol, t. II, núm. 1494; Baudry-Lacantinerie et Saignat, núm. 386].

1084. *Registro Público.* Si la carga o servidumbre aparece inscrita en el Registro Público, ¿por eso puede decirse que es conocida del adquirente? De ninguna manera: el sistema del código civil es imponer al enajenante la obligación de declarar todas las cargas o servidumbres voluntarias no aparentes, y esta obligación no ha podido disminuirse por el establecimiento del Registro Público, que no se ha establecido en interés del enajenante, sino más bien en interés del adquirente [Planiol, t. II, núm. 1495; Baudry-Lacantinerie et Saignat, núm. 386].

Si al inscribirse la enajenación de la finca en el Registro Público existe una carga o servidumbre voluntaria no aparente, la cual no se ha inscrito en el Registro Público, ni es conocida del adquirente, ese gravamen no

puede producir efecto alguno contra el adquirente, como veremos al estudiar la institución del Registro Público, así es que no hay razón para que pueda exigir indemnización alguna al enajenante, o la rescisión del contrato en este caso.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### *Modificaciones convencionales de los efectos de la evicción*

1085. *Aumento o disminución.* Los contratantes pueden aumentar o disminuir convencionalmente los efectos de la evicción [arts. 2121 del código de 1928 y 1491 del código de 1884]. Ejemplos: 1º Puede convenirse en que aun cuando haya buena fe por parte del enajenante, si el adquirente sufre evicción, el primero lo indemnizará con arreglo a lo prescrito para el caso de enajenación de mala fe o sea en los términos de los artículos 1498 del código de 1884 ó 2127 del código de 1928. 2º Puede pactarse que el enajenante quedará exonerado de responsabilidad por servidumbres ocultas que sin saberlo puedan gravar al inmueble enajenado [Planiol, t. II, núm. 1519 y Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. II, núm. 798].

1086. *Renuncia del derecho al saneamiento.* Los contratantes pueden aun convenir en que la evicción no se preste en ningún caso [arts. 2121 del código de 1928 y 1491 del código de 1884]. Este convenio tiene un alcance limitado. En efecto, según los artículos 2123 del código de 1928 y 1494 del código de 1884, cuando el adquirente ha renunciado el derecho al saneamiento para el caso de evicción, llegado que sea éste, debe el que enajena entregar únicamente el precio de la cosa, conforme a lo dispuesto en la fracción I de los artículos que tratan respectivamente de los casos en que el enajenante hubiere procedido de buena fe o de mala fe; estos artículos son los números 2126 y 2127 que hemos mencionado en los párrafos 1067 y 1068 de este libro. Así, pues, el simple convenio de que el enajenante no responderá por la evicción no tiene más efecto que liberarlo de pagar indemnización de daños y perjuicios al adquirente que ha sufrido la evicción; no lo libera de la obligación de entregar el precio de la cosa. La ley así lo decide interpretando la voluntad de las partes. [Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. II, núm. 800].

1087. *Mala fe del enajenante.* Resulta de los artículos citados en el número anterior que cuando el adquirente ha renunciado al saneamiento, el enajenante que ha obrado de mala fe sólo tiene que devolver a elección de éste el precio que la cosa tenía al tiempo de la adquisición o el que tenga al tiempo en que se sufra la evicción. Ahora bien, este resultado está en pugna con lo que previenen terminantemente los artículos 1492 del código de 1884 y 2122 del código de 1928, que dicen: "Es nulo todo pacto que exima al que enajena de responder por la evicción, siempre que hubiere



mala fe de parte suya." En el conflicto entre uno y otro precepto de dichos códigos debe prevalecer el que acabamos de transcribir, porque es el que está en consonancia con el principio general establecido por los artículos 1461 del código de 1884 y 2106 del código de 1928 [véase a este respecto el párrafo 966 de este libro] y porque la interpretación contraria haría que la ley consagrara una inconsecuencia [véase la pág. 34 de este libro].

1088. *Enajenación a riesgo del adquirente.* La ley decide que si el que adquirió lo hizo con conocimiento de los riesgos de evicción y sometiéndose a sus consecuencias el enajenante quedará libre aun de la obligación de entregar el precio de la cosa [arts. 1494 del código de 1884 y 2123 del código de 1928]. Se considera que esta estipulación hace el contrato de enajenación aleatorio para el adquirente: se reputa que ha adquirido una esperanza más bien que un derecho firme y no es temerario suponer que en consecuencia el precio se ha fijado en una cifra muy baja [Planiol, t. II, núm. 1520 y Baudry-Lacantinerie et Saignat, núm. 409]. Para que la cláusula tenga efecto es necesario que el enajenante sea de buena fe [véase el párrafo 1087 de este tomo; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. II, núm. 800; Planiol, t. II, núm. 1520].

## TÍTULO OCTAVO

# EL SANEAMIENTO POR DEFECTOS OCULTOS DE LA COSA ENAJENADA

1089. *Observación.* El código de 1884 sólo trata de esta materia respecto del contrato de compraventa; mientras que el código de 1928 la coloca dentro de la teoría general de las obligaciones. Por esta circunstancia, sólo estudiaremos aquí el código vigente.

1090. *Los defectos de la cosa.* "En los contratos conmutativos, el enajenante está obligado al saneamiento por los defectos ocultos de la cosa enajenada que la hagan impropia para los usos a que se la destina, o que disminuyan de tal modo este uso, que a haberlo conocido el adquirente no hubiere hecho la adquisición o habría dado menos precio por la cosa" [arts. 2142 y 2157]. La razón de este precepto es que el enajenante debe procurar al adquirente una posesión útil [Planiol, t. II, núm. 1462].

La naturaleza de dichos defectos varía según la naturaleza de la cosa: es un vicio de construcción en una casa, un defecto de calidad en un objeto mueble, la pérdida de la facultad de germinar en granos adquiridos para siembras, etc. [Planiol, lugar citado].

1091. *Condiciones de la responsabilidad del enajenante.* Para que éste sea responsable de los defectos de la cosa enajenada, se necesita la reunión de varias condiciones. Estos defectos o vicios deben ser:

1º *Ocultos.* "El enajenante no es responsable de los defectos manifiestos o que estén a la vista, ni tampoco de los que no lo están, si el adquirente es un perito que por razón de su oficio o profesión debe fácilmente conocerlos" [art. 2143]. Al adquirente corresponde verlos; no puede haber ahí sorpresa sino por efecto de una imprudencia de aquél [Planiol, t. II, núm. 1463].

2º *Desconocidos del adquirente.* Un vicio oculto puede haber sido, en realidad, conocido del adquirente, a quien en este caso se considera que ha renunciado a toda reclamación por tal concepto [Argumento del art. 2142, palabra "conocido" y Planiol, lugar citado].

3º *Nocivos a la utilidad de la cosa.* Los defectos deben ser la causa de la falta de utilidad de la cosa [arts. 2142 y 2157]. Los defectos que no disminuyen sino el agrado de la cosa no se toman en consideración [Planiol, lugar citado].



4º *Anteriores a la enajenación.* Este requisito se desprende de los términos del artículo 2157. Además, "Incumbe al adquirente probar que el vicio existía al tiempo de la adquisición y no probándolo, se juzga que el vicio sobrevino después" [art. 2159].

1092. *Caso de excepción.* "El enajenante no tiene obligación de responder de los vicios redhibitorios, si el adquirente obtuvo la cosa por remate o por adjudicación judicial" [art. 2162].

1093. *Efectos.* El adquirente tiene la elección entre dos procedimientos: la indemnización o la rescisión del contrato [art. 2146]. Una vez hecha por él la elección del derecho que va a ejercitar, no puede usar del otro sin el consentimiento del enajenante [art. 2146].

1094. *La acción redhibitoria.* El adquirente, ejercitando la acción llamada redhibitoria, puede exigir la rescisión del contrato [art. 2144]. Si la enajenación se declara resuelta, el adquirente debe devolver la cosa en el mismo estado en que se entregó, siendo responsable el adquirente de cualquier deterioro que no proceda del vicio o defecto ocultados [art. 2154]. A su vez, el adquirente tiene derecho a que el enajenante le devuelva el precio si ha sido pagado [Planiol, t. II, núm. 1465], así como los gastos del contrato en el caso en que el adquirente los hubiere pagado [art. 2144].

Si el enajenante es de mala fe, es decir, si se probare que conocía los defectos ocultos de la cosa y no los manifestó al adquirente, tendrá éste la misma facultad que le concede el artículo 2144 citado, debiendo además ser indemnizado de los daños y perjuicios [art. 2145].

Enajenándose dos o más cosas juntamente, sea en un precio alzado o sea señalándolo a cada una de ellas, el vicio de una da sólo lugar a la acción redhibitoria, respecto de ella y no respecto a las demás, a no ser que aparezca que el adquirente no habría adquirido la cosa buena sin la viciosa [artículos 2150 y 2152].

1095. *La acción estimatoria.* Si el adquirente decide conservar la cosa, puede exigir que se le rebaje una cantidad proporcionada del precio, a juicio de peritos [art. 2144], ya sea que el enajenante haya obrado de buena o de mala fe [arts. 2144 y 2145]. A esta acción se le llama estimatoria o *quanti minoris.*

1096. *Reglas especiales a las enajenaciones de animales.* Véanse los artículos 2150 a 2155 del código de 1928.

1097. *Pérdida o mudanza de naturaleza de la cosa.* Véanse los artículos 2147, 2148 y 2160 del mismo código.

1098. *Cosas que rápidamente se descomponen.* Véase el artículo 2161 del repetido código.

1099. *Modificación convencional de la responsabilidad.* "Las partes pueden restringir, renunciar o ampliar su responsabilidad por los vicios redhibitorios, siempre que no haya mala fe" [art. 2158]. Se da el nombre de vicios redhibitorios a los ocultos, de los cuales es responsable el enajenante [Planiol, t. II, núm. 1465].

# TERCERA PARTE

# LA PROTECCION DEL DERECHO DEL ACREEDOR

## TÍTULO PRIMERO

## EL DERECHO DE RETENCION

1100. BIBLIOGRAFIA. BONNECASE: *Supplément*, t. V, núms. 262-315; BONNECASE: *Précis*, t. II, núms. 73-102; JOSSERAND, t. II, núms. 1468-1475; COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 90, 1045-1052; PLANIOL, t. II, núms. 2514-2541 bis; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, t. VI, núms. 444-461; HÉMARD, t. II, núms. 1980-1990; AUBRY et RAU, t. III, párrafo 256 bis; LAURENT, t. XXIX, núms. 284-302; BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES: *du Nantissement des Privilèges & Hypothèques*, etc., *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, t. XXV, núms. 220-251; CARPENTIER, etc., *Repertoire, Vº Retention (Droit de)*; SALEILLES: *Théorie Générale de l'Obligation*, etc., núms. 19-22; GIORGI, t. II, núms. 376-432: *Antecedente.* Mi estudio publicado en Jus., t. IX, núm. 50, de septiembre de 1942.

1101. *Noción.* "Hay casos en que un acreedor, que detenta una cosa perteneciente a su deudor, puede rehusar restituirla en tanto que no está pagada, en el concepto de que esta cosa no le haya sido dada en garantía: se dice entonces que el acreedor tiene el derecho de retención" [Planiol, t. II, núm. 2515]. Hommell [citado por Bonnecase, *Supplément*, t. V, número 262] define el derecho de retención diciendo que es el derecho dado a un deudor de retener lo que debe hasta que su acreedor le haya pagado lo que le debe a él.

### CAPÍTULO PRIMERO

### *Dominio de aplicación*

### SECCION 1ª NUESTROS CODIGOS

1102. *Compraventa.* El vendedor no está obligado a entregar la cosa vendida si el comprador no le paga o asegura el precio, en los casos previstos por los artículos 2856 y 2857 del código de 1884 y 2286 y 2287 del

código de 1928, concordantes con los artículos 1612 y 1613 del código Napoleón.

Si no se ha fijado tiempo para el pago del precio, el comprador puede no pagarlo sino en el tiempo en que se le entregue la cosa [arts. 2893 del código de 1884 y 2294 del código de 1928, concordantes con el 1651 del código Napoleón].

El comprador a plazo puede suspender el pago del precio cuando fuere perturbado en la posesión de la cosa vendida o tuviere justo temor de serlo [arts. 2898 del código de 1884 y 2299 del código de 1928, concordantes con el 1653 del código Napoleón].

El vendedor que quiera efectuar la retroventa deberá reembolsar al comprador del precio recibido, etc. [art. 2905 del código de 1884 concordante con el 1673 del código Napoleón].

1103. *Permuta.* Si uno de los contratantes ha recibido la cosa que se le prometió o se le da en permuta y acredita que no era propia del que la dió, no puede ser obligado a entregar la que él ofreció en cambio [arts. 2932 del código de 1884 y 2328 del código de 1928, concordantes con el 1704 del código Napoleón].

1104. *Arrendamiento.* Si al terminar el arrendamiento hubiere algún saldo a favor del arrendatario, el arrendador deberá devolverlo inmediatamente, a no ser que tenga algún derecho que ejercitar contra aquél; en este caso depositará judicialmente el saldo referido [arts. 2958 del código de 1884 y 2422 del código de 1928].

1105. *Depósito.* El depositario cuando al pedírsele la cosa no haya recibido el importe de las expensas que haya hecho en la conservación del depósito podrá, si el pago no se le asegura, pedir judicialmente la retención del depósito [arts. 2586 del código de 1884 y 2533 del código de 1928, concordantes con el 1948 del código Napoleón].

1106. *Contrato de obra.* El constructor de cualquiera obra mueble tiene derecho de retenerla mientras no se le pague [artículos 2508 del código de 1884 y 2644 del código de 1928].

1107. *Posesión.* El poseedor de buena fe que haya adquirido la posesión por título traslativo de dominio, tiene el derecho de que se le abonen todos los gastos necesarios, lo mismo que los útiles, teniendo derecho de retener la cosa poseída hasta que se haga el pago [art. 810, frac. II del código de 1928 concordante con los arts. 842 y 843 del código de 1884].

1108. *Accesión.* El que de buena fe empleó materia ajena en todo o en parte, para formar una cosa de nueva especie, hará suya la obra, siempre que el mérito artístico de ésta exceda en precio a la materia, cuyo valor



indemnizará al dueño [arts. 818 del código de 1884 y 929 del código de 1928 concordantes con el art. 571 del código Napoleón].

## SECCION 2ª CONCEPCIONES DOCTRINALES

1109. *Dos teorías principales.* Vamos a exponer estas dos teorías en breves síntesis de lo que sobre ellas expone Bonnecase *[Supplément*, t. V, números 275, 282, 283, 285, 288, 292, 300 y siguientes].

1110. *Teoría restrictiva.* Esta teoría está fundada en que el código civil no menciona en términos generales un derecho de retención, sino que solamente lo concede en ciertos casos, de manera que ese derecho no existe sino por los textos y en la medida de ellos. Es la teoría de Laurent y otros autores.

1111. *Teorías extensivas.* Según estas teorías, la retención debe autorizarse en todos los casos que presentan una analogía incontestable con las situaciones previstas por el legislador. ¿Pero cuáles son estos casos?

Aubry et Rau opinan que para justificar la extensión por analogía del derecho de retención basta y es necesario autorizarlo siempre que la retención se refiera a un convenio o al menos a un *cuasi-contrato* y que la deuda, conexa con la cosa detentada, haya nacido en ocasión de este convenio o de este *cuasi-contrato.*

Guillouard cree que es necesario decidir que el derecho de retención existe con la única condición de que haya conexidad entre el crédito y la posesión de la cosa, haya o no entre las partes un vínculo que derive de un contrato o de un *cuasi-contrato.*

Planiol no ve el derecho de retención sino en los contratos sinalagmáticos por la inejecución del contrato por una de las partes y en las acciones reivindicatorias a fin de procurar al demandado el reembolso de sus impensas sobre la cosa.

Colin y Capitant creen que la jurisprudencia debería admitir el derecho de retención en el caso en que hay simple reunión en una persona de un crédito contra el propietario y de una obligación de restitución respecto de este mismo propietario, sistema que es el único completamente equitativo.

Bonnecase sostiene la existencia del derecho de retención solamente por el hecho de que el acreedor tenga la tenencia de una cosa que pertenece a su deudor. Funda esta solución en los distintos textos del código Napoleón y en lo que los autores llaman la equidad y que Bonnecase llama los datos de la noción del derecho, que así como se manifiesta en la noción del enriquecimiento sin causa y en la excepción *non adimpleti contractus* también se traduce en un derecho de retención. Sin embargo, este derecho no podrá oponerse en los casos en que haya un texto contrario o cuando el detentador se haya apoderado de la cosa por un hecho ilícito.

1112. *Sistema del Derecho mexicano.* En el número 1102 de este libro hemos visto que la mayor parte de los artículos que ahí hemos citado se refieren a contratos sinalagmáticos y si solamente hubiera ellos, deberíamos concluir que bastaba con el principio de *non adimpleti contractus* o aceptar la teoría de Aubry et Rau. Pero en vista de los artículos relativos a la posesión y a la accesión que también hemos citado, hay que adoptar, a nuestro juicio, la teoría de Bonnecase.

## SECCION 3ª NATURALEZA DEL DERECHO DE RETENCION

1113. *Diversas opiniones.* Para unos autores, como Laurent y Troplong, es un derecho personal; para Aubry et Rau es un derecho personal, pero de fisonomía especial, por ser oponible a los terceros, y para Guillouard es un derecho real [véase Bonnecase, *Supplément*, t. V, núms. 308-314].

1114. *Solución de Bonnecase.* "Para nosotros —escribe este autor— el derecho de retención no es un derecho real por la buena razón de que no se encuentra en él ninguno de los elementos de la naturaleza orgánica de los derechos reales principales o de los derechos reales de segundo grado, como lo hemos analizado ampliamente con anterioridad. El crédito provisto del derecho de retención es, pues, un crédito quirografario dotado de una prenda especializada en el seno del patrimonio del deudor. Pero esto no prueba que este crédito no sea muy superior como garantía a los créditos quirografarios puros y simples y esto porque el derecho de retención es oponible a los terceros y prácticamente da por resultado un derecho de preferencia *[Supplément*, t. V, núm. 315].

# TÍTULO SEGUNDO

## EL EJERCICIO POR EL ACREEDOR DE LOS DERECHOS DEL DEUDOR

1115. BIBLIOGRAFIA. BONNECASE: *Précis*, t. II, núms. 104-109,110, 125-129; PLANIOL, t. II, núms. 280-295; DEMOGUE, t. VII, núms. 920-1029; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XII, núms. 588-645 I; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, t. VII, núms. 894-925; COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 251-255; JOSSERAND, t. II, núms. 660-674; HÉMARD, t. II, núms. 1574-1586; DALLOZ: *Précis de droit civil*, t. II, núms. 252-259; BOEUF: *Resumé de droit civil*, 6ª ed., t. II, págs. 55-58; BONNECARRIÈRE, LABORDE-LACOSTE et CREMIEU: *Précis de droit civil*, t. II, núms. 843-845; GIORGI, t. II, núms. 191-256; RICCI, t. XIII, núms. 224-233; RUGGIERO, vol. II, págs. 164-168.

1116. *Breve indicación.* El código Napoleón en su artículo 1166 establece que "los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, con excepción de aquellos que están exclusivamente adheridos a la persona". El código italiano contiene un precepto análogo, que es el artículo 1234.

Nuestros códigos civiles no han adoptado un precepto análogo a los anteriores. Nuestro Código de Procedimientos Civiles vigente es el que en su artículo 29 dispone que "el acreedor puede ejercitar las acciones que competen a su deudor cuando conste el crédito de aquél en título ejecutivo; y excitado éste para deducirlas, descuide o rehuse hacerlo. El tercero demandado puede paralizar la acción pagando al demandante el monto de su crédito. Las acciones derivadas de derechos inherentes a la persona del deudor, nunca se ejercitarán por el acreedor" [ver además los artículos 799 del código de procedimientos civiles de 1884 y 547 del vigente]. Atento lo expuesto resulta que el estudio del ejercicio por el acreedor de los derechos del deudor, en nuestro derecho positivo, pertenece más bien al curso de procedimientos civiles y por esta razón nos limitamos aquí a dar una somera indicación de él.

## TÍTULO TERCERO

# LOS ACTOS VERDADEROS EJECUTADOS EN PERJUICIO DE LOS ACREEDORES

1117. *Tabla A*

C. a. 1656.—C. P. 177 y 181.—C. E. 1290.
" " 1659.—G. 1165.—C. E. 1291.
" " 1662.—G. 1179.
" " 1663.—G. 1180.—C. E. 1292.
" " 1683.—C. P. 1030.—G. 1176.
" " 1687.—C. P. 1033.—C. N. 1167.—C. I. 1235.—C. v. 2163.
" " 1688.—C. P. 1034.—C. I. 1235.—C. v. 2164.
" " 1689.—C. P. 1035.—C. v. 2165.
" " 1690.—C. P. 1036.—C. v. 2166.
" " 1691.—C. P. 1037.—G. 1177 y 1178.—C. v. 2167.
" " 1692.—C. P. 1038.—C. v. 2170.
" " 1693.—C. P. 1039.—C. v. 2172.
" " 1694.—C. v. 2173.
" " 1695.—C. P. 1040.—C. v. 2174.
" " 1696.—C. P. 1041.—C. v. 2176.
" " 1697.—C. P. 1042.—C. v. 2177.
" " 1698.—C. P. 1043.—C. v. 2178.
" " 1699.—C. P. 1044.—C. v. 2175.
" " 3694.—G. 831.—C. v. 1673.

1118. *Tabla B*

C. v. 2163.—C. a. 1687.
" " 2164.—C. a. 1688.
" " 2165.—C. a. 1689.
" " 2166.—C. a. 1690.
" " 2167.—C. a. 1691.
" " 2168.—C. Arg. 971.—C. a. 1699.
" " 2169.—C. Arg. 972.—G. 1182.
" " 2170.—C. a. 1692.



" " 2171.—C. Arg. 964.—C. N. 788 y 2225.
" " 2172.—C. a. 1693.
" " 2173.—C. a. 1694.
" " 2174.—C. a. 1695.
" " 2175.—C. Arg. 965.—C. a. 1699.
" " 2176.—C. Arg. 966.—C. a. 1696.
" " 2177.—C. a. 1697.
" " 2178.—C. a. 1698.
" " 2179.—C. E. 1297.

119. BIBLIOGRAFIA. ALVES MOREIRA, vol. II, núms. 43, 44, 46 a 49; DÍAS FERREIRA, vol. II, págs. 276-281; CUNHA GONÇALVES, vol. V, núms. 772-778; GARCÍA GOYENA: *Comentarios a los artículos 1176 a 1182 del proyecto de Código español;* MANRESA, t. VIII: *Comentarios a los arts. 1290 a 1292, 1295 y 1297 del Código español;* GROUBER: *De l'action Paulienne en droit civil français contemporain;* PLANIOL, t. II, núms. 296-336; DEMOGUE, t. VII, 1030-1161; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XII, núms. 646-730; COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 256-271; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, t. VII, núms. 926-970; JOSSERAND, t. II, núms. 675-708; HÉMARD, t. II, núms. 1587-1606; BONNECASE: *Précis*, t. II, núms. 111-124; LAURENT, t. XVI, núms. 431-496; DEMOLOMBE, t. II, núms. 143-272; AUBRY et RAU, t. IV, párrafo 313, págs. 130-146; BONNECASE: *Supplément*, t. III, núm. 370; JOSSERAND: *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privée*, núm. 191; RIPERT: *La règle morale*, etc., núms. 165-172; ACHER: *Essai sur la nature de l'action paulienne*, Rev. Trim. de droit civil, t. V, págs. 85-118; JAPIOT: *Des nullités en matière d'actes juridiques*, págs. 20, 26, 411 note 2, 422-562 et 655; SOLÓN: *Théorie sur la nullité des conventions et des actes de tout genre, en matière civile*, t. I, núm. 459; BUTERA: *Dell'azione Pauliana o revocatoria;* GIORGI, vol. II, núms. 257-375; LOMONACO, vol. I, núm. 109, págs. 568-604; RICCI, t. XIII, núms. 234-249; PACIFICI-MAZZONI: *Istituzioni*, vol. IV, núms. 108-111; RUGGIERO, vol. II, págs. 168-177; PACCHIONI: *Le obligazioni, parte generale*, págs. 59-102; SALVAT: *Tratado de Derecho civil argentino*, Parte general, núms. 2422-2506; MAYNZ, t. II, párrafo 300, págs. 609-612; GIRARD, págs. 444-451; PETIT: *Tratado elemental de Derecho romano* (traducción de la 9ª edición francesa), núms. 786-787; BONFANTE: *Instituciones de Derecho romano* (traducción de la 8ª edición italiana), párrafo 178; ROMERO SÁNCHEZ (Manuel): *La revocación de los actos realizados en fraude de acreedores.*

## CAPÍTULO PRIMERO

### *Generalidades*

1120. *Noción.* Cuando un deudor celebra un contrato, o en general un acto del que resulta su insolvencia perjudicando a su acreedor, éste puede pedir la rescisión o anulación de ese acto [art. 1687 del código de 1884 y art. 2163 del código de 1928]. El ejercicio de este derecho constituye la acción conocida con el nombre de pauliana, porque el Pretor Paulo fue

quien la introdujo en el Derecho romano. La misma acción se llama también revocatoria, porque, según el Digesto, deben revocarse las enajenaciones que son en fraude de los acreedores [Cunha Gonçalves, t. V, número 772].

1121. *Diferencia entre nuestros dos códigos.* El de 1884 se ocupa de la acción pauliana y de la simulación en un mismo capítulo; el de 1928 regula estas dos instituciones en capítulos separados como es debido.

En el artículo 1687 del código de 1884 se habla de los actos o contratos; el artículo 2163 del código de 1928 sólo menciona los actos, seguramente teniendo en cuenta que la palabra acto comprende en su generalidad el contrato.

En el primero de los artículos citados se dice que los actos o contratos pueden rescindirse y en el segundo artículo que los actos pueden anularse. Ya veremos después que en el caso a que se refieren dichos artículos debemos ver no una rescisión, sino una nulidad. Así es que cuantas veces transcribamos en este título textos legales o párrafos doctrinales en los que se emplea la palabra rescisión, debemos pensar que esa palabra en realidad significa nulidad.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### *Los actos atacables*

1122. *Enumeración.* Son actos susceptibles de ser atacados por la acción pauliana:

*a)* La enajenación que hace el deudor de los bienes que efectivamente posee [arts. 1692 del código de 1884 y 2170 del código de 1928].

*b)* La renuncia que hace el deudor de derechos constituidos a su favor, por ejemplo del derecho de usufructo, y cuyo goce no fuere exclusivamente personal [arts. 873 y 1692 del código de 1884 y 2170 del código de 1928]. Se consideran que son derechos cuyo goce es exclusivamente personal: I. Los que no forman parte del patrimonio del deudor aun cuando del acto resulte, como consecuencia, la pérdida de un derecho patrimonial; así, un padre puede emancipar a un hijo y perder por la emancipación no sólo el poder paternal, sino también el usufructo de los bienes del hijo, sin que los acreedores del padre puedan oponerse a la emancipación. II. Los derechos patrimoniales que no son suceptibles de trasmisión ni de embargo, en vista de que esos derechos no constituyen garantía de los deudores; por ejemplo, el derecho de uso y el de habitación [Alves Moreira, vol. II, número 47, págs. 168-169. Puede verse, además, Cunha Goncalves, vol. V, página 785].

*c)* El pago hecho por el deudor insolvente, antes del vencimiento del plazo [arts. 1543 y 1693 del código de 1884 y 2172 del código de 1928].



*d)* Todo acto celebrado en los treinta días anteriores a la declaración judicial de la quiebra o del concurso y que tuviere por objeto dar a un crédito ya existente una preferencia que no tiene [arts. 2173 del código de 1928 y 1694 del código de 1884].

*e)* La repudiación de la herencia hecha por el heredero en perjuicio de sus acreedores [arts. 3694 del código de 1884 y 1673 del código de 1928].

*f)* La renuncia no de derechos irrevocablemente adquiridos, sino de facultades por cuyo ejercicio pudiere mejorar el estado de la fortuna del deudor que hubiere renunciado [art. 2171 del código de 1928].

## CAPÍTULO TERCERO

### *Condiciones de la acción*

1122 *bis. Especies de estas condiciones.* "Las condiciones que deben verificarse para que los acreedores puedan hacer rescindir un acto practicado en su perjuicio son diversas, según que se trate de actos celebrados a título oneroso o a título gratuito. Hay, sin embargo, condiciones comunes, de las que trataremos en primer lugar" [Alves Moreira, vol. II, núm. 46, página 158].

## SECCION 1ª CONDICIONES COMUNES

### I. El acto

1123. *Sus caracteres.* El acto debe celebrarse por el deudor [arts. 1687 del código de 1884 y 2163 del código de 1928] o bien por su representante [véanse números 411, 413 y 430 de este libro].

El acto debe ser no simplemente material, sino jurídico, supuesto que está sujeto a ser rescindido o anulado [arts. 1687 del código de 1884 y 2163 del código de 1928; Pacchioni, *Le obligazioni*, pág. 64]. El acto debe celebrarse realmente [art. 1687 del código de 1884]; es decir no debe ser simulado porque entonces no se trata de un caso de acción pauliana reglamentada por los artículos 2163 y siguientes del código de 1928, sino de otra institución regida por los artículos 2180 y siguientes del mismo código.

El acto debe tener por efecto la disminución del patrimonio del deudor [Cunha Gonçalves, vol. V, núm. 774, pág. 778]. Según algunos autores, si el deudor simplemente ha descuidado enriquecerse, no procede la acción pauliana [Planiol, t. II, núm. 300; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 656]. Esta restricción no es admitida por otros [Aubry et Rau, t. IV, párrafo 313, pág. 134, nota 16; Demolombe, t. II, núms. 164-167]. Grouber sostiene que los actos por los cuales el deudor descuida enriquecerse en oposición a los actos por los cuales empobrece no existen. Todos los actos

por los cuales el deudor no se enriquece, son actos de empobrecimiento y agrega que si se analizan los actos que se consideran como actos por los cuales el deudor rehusa simplemente enriquecerse se ve que son una renuncia a un derecho ventajoso y que tiene un valor patrimonial [núm. 119].

El acto debe ser causa de la insolvencia del deudor, insolvencia que constituye un perjuicio para el acreedor [arts. 1687 del código de 1884 y 2163 del código de 1928].

"A las veces, ciertos deudores fraudulentos pretenden interpretar estrictamente la frase si de estos actos resultare la insolvencia del deudor, para concluir que no es rescindible (o anulable) el acto del deudor que ya estaba insolvente, en vista de que la insolvencia no resultó de este acto. Esta interpretación, sin embargo, es sofística... Del acto practicado por quien ya estaba insolvente también puede resultar la insolvencia, una insolvencia mayor que la anterior, un perjuicio mayor de los acreedores, pero en todo caso insolvencia, y, por eso, mayor será la razón para la rescisión de tal acto" [Cunha Gonçalves, vol. II, núm. 772, pág. 772. En el mismo sentido Alves Moreira, vol. II, núm. 46, pág. 159].

1124. *La insolvencia del deudor.* "Hay insolvencia cuando la suma de los bienes y créditos del deudor estimados en su justo precio no iguala al importe de sus deudas" [arts. 1690 del código de 1884 y 2166 del código de 1928].

¿Qué se debe entender por la frase justo precio, o como dice el código portugués, justo valor? "Siendo bienes inmuebles, es el valor que corresponde a su rendimiento, en la ocasión en que el acto fraudulento fue practicado, debiendo atenderse también a la situación y a otros elementos estimativos. En los predios urbanos importa mucho la naturaleza de la construcción: solidez, calidad de los materiales, arquitectura, confort interior, exposición, etc. Siendo bienes muebles, habrá que tomar en consideración el costo de producción, rareza, carácter artístico, nombre del autor (cuando se trate de cuadros, esculturas, bronces, cerámicas) procedencia, etc. En cuanto a los créditos, hay que examinar con atención si son cobrables o incobrables. Excusado parece decir que se debe atender al justo valor en la época en que el acto se practicó" [Cunha Goncalves, t. V, núm. 772, pág. 772].

1125. *La prueba de la insolvencia.* "Si el acreedor que pide la rescisión o la nulidad, para acreditar la insolvencia del deudor, prueba que el monto de las deudas de éste exceden al de sus bienes conocidos, le impone al deudor la obligación de acreditar que tiene bienes suficientes para cubrir esas deudas" [arts. 1698 del código de 1884 y 2178 del código de 1928]. "La carga de la prueba recae por tanto en parte sobre el acreedor y en parte sobre el deudor, atendiendo el legislador a la dificultad que tendría el acreedor para determinar qué bienes estaban en el patrimonio del deudor" [Alves Moreira, vol. II, núm. 46, pág. 161].



## II. El crédito

1126. *Anterioridad del crédito.* "Es necesario que el crédito sea siempre anterior al acto cuya rescisión se pide. Esta restricción se basa en que el perjuicio que tengan los acreedores posteriores al acto no es una consecuencia de éste, pues que, cuando el crédito se estableció, ya los bienes que habían sido enajenados no formaban parte del patrimonio del deudor y, por tanto, no constituían garantía del acreedor" [Alves Moreira, vol. II, núm. 46, pág. 159. En el mismo sentido Cunha Gonçalves, vol. V, pág. 772]. El requisito de que el crédito en virtud del cual se intenta la acción de nulidad del acto del deudor sea anterior a éste, se encuentra expresamente consignado en el artículo 2163 del código de 1928.

1127. *El crédito a plazo.* Algunos autores franceses niegan la acción pauliana a los acreedores a plazo [Planiol, t. II, núm. 317; Planiol, Ripert, Esmein et Radouant, t. VII, núm. 955; Josserand, t. II, núm. 695]. Pero otros les conceden el ejercicio de esa acción [Colin et Capitant, t. II, número 266, pág. 253; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 685; Laurent, t. XVI, núm. 458; Demolombe, t. II, núm. 230; Demogue, t. VII, núm. 1077, pág. 465; Hémard, t. II, núm. 1595; Grouber, números 200-201]. Lo mismo opina Butera [núm. 109].

Alves Moreira resuelve la cuestión en estos términos: "Para que los acreedores puedan requerir la revocación de un acto practicado por el deudor en perjuicio de ellos, no es necesario que sus créditos sean exigibles. La ley no establece a ese respecto distinción alguna, ni debía establecerla, en vista de que tanto puede ser perjudicado por el deudor el acreedor cuyo crédito sea exigible, como aquel cuyo crédito no lo sea. Para que la acción de rescisión se juzgue procedente es necesario que el acreedor pruebe la insolvencia del deudor, y, verificada judicialmente esa insolvencia, todos los créditos se vuelven exigibles" [t. II, núm. 46, página 161]. A su vez, Cunha Gonçalves se expresa así: "¿Podrá instaurar la acción el acreedor de una deuda aún no vencida o condicional? Esta cuestión es controvertida. Dicen unos que en ninguno de esos casos es posible conceder la acción pauliana, porque ésta depende de que se haga excusión en todos los bienes del deudor y... el término... impide al autor exigir su crédito. Sustentan otros que no es precisa la excusión de todos los bienes del deudor para que se verifique que está insolvente: basta... la prueba en la propia acción. En cuanto al término, si el simple hecho de que hayan disminuido las garantías, permite al acreedor cobrar anticipadamente el pago [art. 741], con mayor razón podrá él instaurar la acción revocatoria de un acto fraudulento de su deudor... A mi modo de ver, en cuanto al término, es más exacta la doctrina que reconoce al acreedor el derecho de instaurar la acción pauliana. El plazo de la obligación de ningún modo debe ser obstáculo para la revocación del acto fraudulento; porque no im-

plica la anticipación del pago, sino sólo la seguridad de éste en la fecha de su vencimiento" [t. V, núm. 775, págs. 788-789]. La opinión de estos dos autores portugueses debe prevalecer en nuestro Derecho.

1128. *El crédito condicional.* Según algunos autores, el acreedor bajo condición resolutoria debe tratarse mientras está pendiente la condición como un acreedor puro y simple y sólo el acreedor bajo condición suspensiva está privado del derecho de obrar, porque dicha acción sale de la categoría de los actos conservatorios que el código permite a los acreedores bajo condición [Planiol, Ripert, Esmein et Radouant, t. VII, núm. 955; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII núm. 686].

Otros autores consideran que el acreedor puede ejercer la acción pauliana aunque su crédito esté sujeto a una condición suspensiva [Demolombe, t. II, núms. 229-231; Grouber, núm. 202; Butera, núm. 108, págs. 495, 498-499]. Pero numerosos autores niegan la acción pauliana a los acreedores sujetos a condición, sin distinguir entre la resolutoria y la suspensiva [Planiol, t. II, núm. 317; Josserand, t. II, núm. 695; Colin et Capitant, t. II, núm. 266, pág. 253; Laurent, t. XVI, núm. 459; Demogue, t. VII, núm. 1077, págs. 465-466]. De este parecer es Cunha Gonçalves, quien se expresa en estos términos: "En cuanto a la obligación condicional, el acreedor puede tener siempre interés en que el acto fraudulento sea rescindido, antes de que se pierdan las pruebas y sean disipados los bienes enajenados, pues la represión del fraude no debe esperar la realización de la condición suspensiva. Otros aun disienten de la precedente doctrina... Porque, mientras está pendiente la condición, la deuda es incierta; no es justo ni razonable que se autorice en estas condiciones la revocación del acto argüido de perjudicial, porque, no realizándose la condición, el acreedor tendría tal vez que restituir lo recibido si el mismo no estuviese insolvente. Cuando mucho, podrá el acreedor exigir que el deudor y su cómplice presten garantía por el valor defraudado mientras la condición estuviere pendiente... la última opinión es la que mejor se ajusta a lo dispuesto en nuestro artículo 682 [véase núm. 785 de este libro], pues el acreedor condicional sólo puede requerir los actos conservatorios de su derecho, es claro que no puede tener legitimidad para la acción revocatoria del acto fraudulento, ya porque esta acción es predominantemente persecutoria, ya porque no puede afirmar y probar que sufre algún perjuicio con dicho acto en vista de que su crédito es aún hipotético [t. V, núm. 775, pág. 789]. Esta es la opinión que a mi juicio merece aceptarse.

## SECCION 2ª EL ACTO ONEROSO

1129. *La mala fe.* "Si el acto o contrato fuere oneroso, la rescisión sólo podrá tener lugar... habiendo mala fe tanto por parte del deudor como del tercero que contrató con él" [art. 1688 del código de 1884] o



en otros términos: "Si el acto fuere oneroso, la nulidad sólo podrá tener lugar... cuando haya mala fe tanto por parte del deudor como del tercero que contrató con él" [art. 2164 del código de 1928]. "Hay insolvencia cuando la suma de los bienes y créditos del deudor, estimados en su justo precio, no iguala al importe de sus deudas. La mala fe, en este caso, consiste en el conocimiento de ese déficit" [arts. 1690 del código de 1884 y 2166 del código de 1928].

1130. *El fraude del deudor.* "El fraude o mala fe... consiste en el conocimiento que el deudor tiene o debe tener de su insolvencia; pero también es precisa la conciencia de que su acto o contrato, disminuyendo su patrimonio, debe perjudicar a sus acreedores" [Cunha Gonçalves, t. V, núm. 772, pág. 773; Alves Moreira, t. II, núm. 46, págs. 161-162].

Alves Moreira hace observar que "raras veces sucederá que el deudor realice actos por los que perjudique a los acreedores, sólo por odio a éstos, y el fundamento de la acción rescisoria nos demuestra que los acreedores deben tener el derecho de impugnar no sólo esos actos, sino todos aquellos que el deudor realice en su perjuicio desde que tenga la conciencia de que éste se produce" [vol. II, núm. 46, pág. 163].

Dicha conciencia "del perjuicio verifícase, por tanto, probando los acreedores: *a)* Que el deudor conocía la existencia de sus deudas; *b)* Que conocía también la insuficiencia de sus bienes para reembolsar dichas deudas íntegramente, o que quedaría insolvente o más insolvente con la enajenación practicada. El primero de estos puntos es de fácil prueba cuando los acreedores y el deudor, personal y directamente, hayan intervenido en los respectivos convenios, pues ninguno puede alegar ignorancia o error de su propio acto... No sucede lo mismo cuando las deudas sean heredadas; pero, aun en ese caso, no puede admitirse la ignorancia del deudor cuando tales deudas hayan sido confesadas por el testador, o reclamadas, reconocidas y teniendo parte en un inventario. En cuanto al segundo punto, la conciencia del estado de insolvencia preexistente o futura, no puede presumirse igualmente, porque depende del valor que el deudor, con alguna razón, atribuye a sus bienes. Hay personas que exageran de buena fe sus recursos... Debe advertirse, sin embargo, que en épocas de crisis económica, debido a la falta de dinero, a la baja de los precios, a la falta de compradores, etc., bienes cuyo valor es abultado y aun se encuentra oficialmente demostrado, quedan bastante depreciados; y puestos en subasta pública, por ausencia de licitantes en primera almoneda son vendidos en la mitad, o menos en segunda o tercera almoneda. En estos casos, para la apreciación del fraude debe atenderse solamente a la evaluación de los bienes del deudor antes de que sea alegada la insolvencia. Además de esto, será preciso demostrar que el deudor tenía la conciencia del nexo causal entre su acto, tenido como fraudulento, y la insolvencia superveniente o agravada... De la conciencia del fraude no puede, sin embargo, dudarse cuando el deudor ha enajenado la totalidad de sus bienes y no ha pagado a sus acreedores...

Finalmente, el acto fraudulento supone la libre iniciativa del deudor, sin imperioso motivo legal; y, por esto, debe considerarse que no existe el fraude cuando el deudor practicó el acto por obligación legal" [Cunha Goncalves, t. V, núm. 772, págs. 773-774].

1131. *Presunción de fraude.* Nuestro código de 1928 en su artículo 2179 establece esta presunción: "Se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso hechas por aquellas personas contra quienes se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquiera instancia, o expedido mandamiento de embargo de bienes, cuando estas enajenaciones perjudican los derechos de sus acreedores."

Refiriéndose Manresa al artículo 1297 del código español, con el cual concuerda el 2179 preinserto, formula el comentario que a continuación transcribimos: "Conviene ante todo hacer notar, que la ley habla de sentencia condenatoria o de mandamiento de embargo, sin referirse de modo especial y expreso a los mismos bienes, que persiga la acción rescisoria, por cuyo motivo y en atención a los fines de ésta, declara la sentencia de 9 de noviembre de 1901 que no es necesaria para la presunción de fraude, establecida en el artículo 1297 con arreglo al tenor literal del mismo, que la setencia condenatoria o el mandamiento de embargo se refieran precisamente a los propios bienes enajenados. Esta duda, la más importante que podía surgir, aparece resuelta claramente por la jurisprudencia, y fuera de ella, la de más interés que puede presentarse, es la de si ha de haber obtenido el mandamiento o la sentencia el mismo acreedor que ejercita la acción rescisoria; y en este punto, nosotros, que no damos a cada acreedor representación de los demás, sino que limitamos la rescisión que puede pedir a la satisfacción de su derecho, viniendo precisados los otros a intentar nuevas acciones para cobrar lo que se les deba (sin perjuicio de invocar la declaración de fraudulencia ya recaída) creemos, a propósito de esta cuestión planteada, que es indiferente la persona y la causa a que sea debida la resolución judicial; que si a ésta sigue la enajenación que determina la insolvencia, queda el deudor en estado que afecta a todos sus acreedores y permite a cada uno de éstos defender sus derechos invocando este precepto. La interposición de recurso contra la sentencia no estorba a la aplicación de este artículo, puesto que habla de cualquier instancia, sin decir que aquella sea firme, y, por otra parte, el recurso podría ser un medio de burlar la ley. Tampoco es preciso que el mandamiento de embargo esté anotado; basta con que se haya expedido, y así lo confirma el que no se exige recaiga sobre los mismos bienes perseguidos por la acción rescisoria, sin perjuicio de que la falta de anotación pueda influir en la eficacia de la acción contra terceros, cosa distinta de la presunción de fraude en la enajenación..." [t. VIII, págs. 756-757].

1132. *El fraude del tercer contratante.* "El fraude o mala fe del tercero consiste, evidentemente, en saber que el deudor enajenante está insolvente o quedará insolvente por efecto del proyectado acto o contrato... No basta, sin embargo, que el tercero sepa tan sólo que su enajenante tiene deudas; es preciso que conozca el estado de insolvencia del mismo enajenante" [Cunha Gonçalves, vol. V, núm. 773, pág. 775]. "La prueba de la mala fe incumbe al acreedor, y, como se trata de un acto interno, esa prueba tiene que basarse principalmente en presunciones" [Alves Moreira, vol. II, núm. 46, pág. 163]. "La mala fe del tercero se presume cuando fuera prevenido por alguno de los acreedores para no celebrar el contrato en cuestión" [Cunha Gonçalves, vol. V, núm. 773, pág. 775].



1133. *La buena fe.* En el número 1129 de este tomo hemos visto que "la ley exige que, siendo el acto oneroso, haya mala fe tanto de parte del deudor como del tercero con quien contrata. Es fácil justificar esta disposición. En los actos a título oneroso, el fundamento de la acción rescisoria está en el perjuicio causado a los acreedores; pero como los efectos de esa acción no tocan al vencedor sino a los terceros, que por el contrato adquieran derecho a los bienes, la rescisión del contrato, que constituiría un perjuicio para ellos, sería al mismo tiempo una grave injusticia si de parte de los adquirentes no hubiese mala fe. Por el acto verdadero que hayan practicado los terceros que de buena fe hayan contratado con el deudor, no ofenderán los derechos de los acreedores... Los acreedores del deudor son víctimas de la confianza que en éste hayan depositado y no de los actos practicados por terceros. De justicia es por tanto que estos actos produzcan sus debidos efectos" [Alves Moreira, vol. II, núm. 46, pág. 163]. Días Ferreira, por su parte, dice: "Desde que haya buena fe en alguno de los dos contratantes se mantiene el acto, porque el engañado no debe quedar perjudicado en sus derechos por fraude en el que no tiene parte. El propio deudor puede tener buena fe, porque puede enajenar las propiedades sin la conciencia de perjudicar con ello a los acreedores" [vol. II, pág. 276].

## SECCION 3ª EL ACTO GRATUITO

1134. *Nuestros códigos.* Código de 1884. "Artículo 1689. Si el acto o contrato fuere gratuito, tendrá lugar la rescisión, aun cuando haya habido buena fe por parte de ambos contrayentes." Código de 1928. "Artículo 2165. Si el acto fuere gratuito, tendrá lugar la nulidad aun cuando haya habido buena fe por parte de ambos contratantes." Estos preceptos son una aplicación expresa del principio general de derecho, según el cual cuando haya conflicto de derechos la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro [arts. 20 del código de 1928 y 21 del código de 1884. En el mismo sentido, Alves Moreira, vol. II, núm. 46, pág. 164].

1135. *Comentarios.* Según Cunha Gonçalves: "En el caso de enajenación a título gratuito, no es necesario alegar y probar que el tercer adquirente tenga conocimiento del estado de insolvencia del deudor...

basta, en este caso, el fraude solamente del deudor; pero éste es imprescindible para la procedencia de la acción revocatoria" [vol. V, núm. 773, pág. 776]. Pero el texto tan claro de nuestros artículos citados en el número anterior y su fundamento están de acuerdo con el punto de vista de Días Ferreira, quien se expresa así "Los actos gratuitos... desde que perjudican al acreedor, cualesquiera que sean las circunstancias, aunque haya la mejor buena fe tanto de parte del donatario como de parte del donante, pueden ser anulados, porque el derecho de evitar daño es preferente al derecho de obtener lucro" [vol. II, pág. 276].

Puede suceder que el acreedor haya adquirido su crédito también a título gratuito. "En este caso, uno y otro tratan de obtener lucro y, sin embargo, al adquirente no aprovechará ni su buena fe... porque el artículo... no autoriza hacer distinción" [Cunha Gonçalves, vol. V, núm. 773, página 776].

## SECCION 4ª EL SUB-ADQUIRENTE

1136. *Texto legal.* "La acción concedida al acreedor, en los artículos anteriores, contra el primer adquirente, no procede contra tercer poseedor sino cuando éste ha adquirido de mala fe" [arts. 1691 del código de 1884 y 2167 del código de 1928].

1137. *Comentario.* El texto anterior se refiere a esta hipótesis. El deudor, en perjuicio de su acreedor, enajena bienes a una persona, la cual, a su vez los trasmite a un tercero. Para que el acreedor pueda ejercitar la acción pauliana en contra del tercera se requiere: 1º Que tenga esta acción contra el primer adquirente [Alves Moreira, t. II, núm. 46, pág. 164], y 2º Que el segundo adquirente haya obrado de mala fe.

Así pues, si el deudor hizo la enajenación a título oneroso y el adquirente fue de buena fe, como el acreedor no tendrá acción contra éste [número 1133 de este libro] tampoco la tendrá contra el segundo adquirente, aun cuando haya tenido conocimiento del perjuicio causado al acreedor por la primera enajenación.

Si la primera enajenación fue a título oneroso y el deudor y su adquirente obraron de mala fe o si la enajenación fue hecha a título gratuito, como el acreedor tendrá acción contra el primer adquirente [núm. 1134 de este libro], también tendrá contra el segundo si éste ha adquirido la cosa teniendo conocimiento de que la primera enajenación causó o agravó la insolvencia del deudor.

## SECCION 5ª QUIEN PUEDE EJECUTAR LA ACCION Y CONTRA QUIEN

1138. *Quién puede ejercitarla.* La acción pauliana, como claramente nos lo muestran los artículos 1687 del código de 1884 y 2163 del código de



1928 [núm. 1120 de este libro], sólo puede ejercitarse por el acreedor; pero no compete a cualquier acreedor sino al que sea anterior al acto celebrado en su perjuicio, aun cuando su crédito sea a plazo y quedando excluídos los acreedores condicionales [núms. 1126-1128 de este libro]. La acción pauliana, en nuestros códigos civiles es un derecho individual, que puede ejercerse por cada uno de los acreedores, separadamente [V. Grouber, núm. 188, pág. 352].

1139. *Contra quién puede ejercitarse.* Desde luego, contra el que contrató con el deudor y aun contra el subadquirente de la cosa [núm. 1136 de este libro]. Pero asimismo debe ejercitarse contra el deudor, quien tiene interés moral de defenderse contra la acusación de fraude y puede aun no estar insolvente, de manera que siempre debe ser citado conjuntamente con el tercero [Cunha Gonçalves, vol. V, núm. 775, pág. 791].

## CAPÍTULO CUARTO

### *Efectos de la acción pauliana*

## SECCION 1ª TEORIA DEL CODIGO DE 1884

1140. *Enajenación.* Dispone el artículo 1699 que "Rescindido el acto o contrato volverán los valores enajenados a la masa de los bienes del deudor en beneficio de los acreedores".

"Los bienes no revierten al patrimonio del deudor en provecho de éste." Cuando el código dice "que la cosa enajenada vuelve al conjunto de los bienes del deudor, esto quiere decir, solamente, que después de la rescisión del contrato, esa cosa puede ser embargada por los acreedors, aun en poder del tercero, como si ella jamás hubiese salido del patrimonio del deudor y, vendiéndose en subasta pública judicial, sobre su producto habrá concurso de los acreedores del enajenante". "Si el valor de esa cosa fuere superior a la deuda, el saldo pertenecerá al tercero y no al deudor, en vista de que entre aquél y éste subsiste el contrato" [Cunha Gonçalves, t. V, núm. 776, págs. 792-793].

1141. *Otros casos.* "Cuando el acto por el que los acreedores del deudor fueren lesionados sea la renuncia de un derecho, por ejemplo, el perdón de una deuda, el efecto de la acción rescisoria consistirá en hacer renacer la deuda, como si no hubiere sido perdonada" [Alves Moreira, vol. II, núm. 48, pág. 173].

"Si ese perjuicio resulta del pago de una deuda que aún no estaba vencida... el acreedor tiene que restituir toda la cantidad que recibió, por la cual continúa considerándose acreedor" [Alves Moreira, lugar citado].

"El fraude que consiste únicamente en la preferencia indebida a favor de un acreedor, no importa la pérdida del derecho, sino la de preferencia" [artículo 1697].

1142. *Los acreedores anteriores y los posteriores.* "Siendo la acción revocatoria concedida, solamente, a los acreedores perjudicados y por créditos anteriores al acto fraudulento, es claro que la revocación no puede aprovechar a los acreedores no perjudicados, anteriores o posteriores. Hay, sin embargo, escritores que sustentan lo contrario con el frágil argumento de que la cosa enajenada vuelve al patrimonio del deudor y, por eso, todos los acreedores pueden ejercer en ella sus derechos. Pero, esta opinión es indefendible ante nuestro artículo 1033 (o sea el artículo 1687 del código de 1884), siendo en armonía con este artículo como debe interpretarse el artículo 1044 (o sea el art. 1699 del código de 1884): los acreedores a que éste se refiere son, evidentemente, aquellos a los cuales se concede la acción revocatoria; y el conjunto de los bienes del deudor es el de los bienes destinados al pago de los mismos acreedores" [Cunha Goncalves, vol. V, número 776, pág. 796].

1143. *El actor y los demás acreedores anteriores.* "Más interesante es, sin embargo, la cuestión siguiente: siendo instaurada la acción revocatoria por uno solo de los acreedores anteriores, ¿la revocación aprovechará solamente al actor, o también a todos los acreedores perjudicados, que ningún gasto ni incomodidad hubieran tenido con tal acción? La primera opinión tiene valiosos defensores... Otros, sin embargo, afirman que el actor instaura la acción, no sólo en provecho propio, sino también en el de los otros acreedores perjudicados. A mi modo de ver, esta segunda opinión es la que mejor se ajusta a lo dispuesto en los artículos 1033 y 1044. Sin duda, los artículos 1040 y 1041 (nuestros artículos 1695 y 1696) permiten hacer cesar la acción pagando el deudor o el tercero, solamente el crédito del actor; pero esto no impide que, decretada la rescisión, todos los acreedores perjudicados puedan acudir al concurso de acreedores si tuvieren título exequible. No es exacto que, en la acción pauliana, el actor alega solamente su perjuicio; pues él tiene que alegar el perjuicio de todos los acreedores anteriores, habiendo nosotros visto que una de las condiciones de la acción es la insolvencia del deudor" [Cunha Goncalves, t. V, número 776, págs. 796-797].

## SECCION 2ª TEORIA DEL CODIGO DE 1928

1144. *Relación de los acreedores entre sí.* El artículo 2175 establece: "La nulidad de los actos del deudor sólo será pronunciada en interés de los acreedores que la hubiesen pedido y hasta el importe de sus créditos." "La ley establece aquí las dos reglas siguientes:



*a)* La revocación (el código de 1928 dice nulidad) será pronunciada únicamente en el interés de los acreedores que la hubiesen pedido; por consiguiente, no puede ser invocada, ni por los acreedores que no han intentado la acción revocatoria, aun cuando sus créditos sean de fecha anterior al acto revocado, ni mucho menos por los acreedores posteriores, que ni siquiera tenían el derecho de demandar su revocación. ¿Cuál es la razón de esta diferencia?... la verdadera razón... es... que los acreedores que han intentado la acción revocatoria son los únicos que se quejan del perjuicio experimentado; en cuanto a los demás acreedores, desde el momento que nada hacen, desde que ningún reclamo formulan contra el acto del deudor, quiere decir que lo consienten y que aceptan el perjuicio que sufren; la ley no tenía entonces por qué preocuparse de ellos" [Salvat, *ob. cit.*, número 2485].

*b)* La revocación sólo será pronunciada hasta el importe de sus créditos, es decir, de los créditos de los acreedores demandantes. Esta regla es la consecuencia de la anterior; si la revocación se pronuncia únicamente en el interés de los acreedores que la demandan, lógicamente ella debe ser hasta el importe de sus créditos; si fuera hasta una suma menor, no bastaría para indemnizarles el perjuicio que ellos experimentan; decretada hasta una suma mayor, sería inútil" [Salvat, *ob. cit.*, núm. 2487].

1145. *Relaciones de los acreedores con el tercer adquirente de los bienes o derechos del deudor.* "El principio fundamental... es que las cosas deben ser restituidas a su estado anterior. Por consiguiente, si el acto del deudor hubiese consistido en una enajenación, ésta será dejada sin efecto y los acreedores podrán proceder a la venta de los bienes enajenados, como si tal venta no hubiera existido... si el acto del deudor hubiera consistido en la renuncia a una facultad o derecho, la renuncia se considerará nula y los acreedores podrán ejercer en nombre de su deudor, la facultad o derecho renunciado" [Salvat, *ob. cit.*, núm. 2488 y art. 2171 del código de 1928].

1146. *Relaciones del tercero con el deudor.* "El principio fundamental en las relaciones del tercero con el deudor, es que el acto se reputa subsistente; como lo establece el artículo 965 (o sea el artículo 2175 del código de 1928) la nulidad se decreta únicamente en el interés de los acreedores demandantes, pero no en favor del deudor. Este principio se justifica fácilmente: el fraude del deudor, en efecto, no podría ser para él la fuente de un derecho" [Salvat, *ob. cit.*, núm. 2495]. "Una primera consecuencia del principio expuesto es la siguiente: en el caso de que los bienes devueltos por el tercero hubieran sido vendidos para pagar a los acreedores demandantes, si queda un saldo, éste pertenece al tercero y no al deudor. Por una parte, en efecto, la revocación se pronuncia únicamente en el interés de los acreedores que intentan la acción; los acreedores que no la han intentado no tienen ningún derecho para embargar y ejecutar el saldo; el

único medio para ellos de poder hacerlo sería intentando a su vez la acción revocatoria. Por otra, el deudor, respecto a quien el acto continúa siendo válido, no tiene tampoco ningún derecho sobre el saldo; los bienes vendidos son de la exclusiva propiedad del tercero y es él, por consiguiente, el único que puede reclamar la propiedad del saldo" [Salvat, *ob. cit.*, núm. 2496].

1147. *Restituciones que el tercero debe hacer en el caso de enajenaciones revocadas.* "Revocado el acto fraudulento del deudor, si hubiere habido enajenación de propiedades, éstas se devolverán por el que las adquirió de mala fe, con todos sus frutos." "El que hubiere adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de los acreedores deberá indemnizar a éstos de los daños y perjuicios, cuando la cosa hubiere pasado a un adquirente de buena fe o cuando se hubiere perdido" [arts. 2168 y 2169 del código de 1928].

## CAPÍTULO QUINTO

### *Cesación de la acción*

1148. *Actos del deudor.* La acción de rescisión o sea la acción de nulidad mencionada en el número 1120 de este libro, cesará luego que el deudor satisfaga su deuda o adquiera bienes con qué poder cumplirla [artículos 1695 del código de 1884 y 2174 del código de 1928]. "La acción pauliana... está fundada en el perjuicio de los acreedores. Desde que este perjuicio cesa, falta la base a la acción. Esta es la doctrina que prevaleció en el Derecho moderno y ya vimos que basta pagar al acreedor que instauró la acción, aunque otros existan por ser pagados. Tendrán éstos que instaurar nueva acción... y podrá esta nueva acción cesar en la misma forma" [Cunha Goncalves, vol. V, núm. 777, pág. 799].

1149. *Actos del tercero.* Preceptúa el artículo 1696 del código de 1884 que: "El adquirente demandado puede también hacer cesar la acción, satisfaciendo el importe de la deuda."

El código de 1928 en su artículo 2176, a su vez dispone lo siguiente: "El tercero a quien hubiesen pasado los bienes del deudor, puede hacer cesar la acción de los acreedores satisfaciendo el crédito de los que se hubiesen presentado o dando garantía suficiente sobre el pago íntegro de sus créditos, si los bienes del deudor no alcanzaren a satisfacerlo." "La revocación del acto del deudor se pronuncia únicamente con el propósito de evitar a los acreedores un perjuicio... La ley pone en manos del tercero atacado por la acción revocatoria dos medios de hacerla cesar... En cualesquiera de ellos la disposición se justifica perfectamente; por una parte, la revocación se pronuncia sólo en el interés de los acreedores demandantes; por otra, el perjuicio de éstos desaparece con el pago íntegro o con la fianza; lógicamente, la acción revocatoria debía cesar, puesto que faltando



la condición del perjuicio, los acreedores no tendrían ya ningún interés en ella. Observemos, además, que los términos: el tercero a quien hubiesen pasado los bienes del deudor, deben ser interpretados ampliamente, comprendiéndose en ellos, no sólo el caso de bienes enajenados por el deudor, sino también el de bienes que pasan a un tercero por efecto de una renuncia suya; no habría ningún motivo para hacer diferencia alguna entre estos dos casos" [Salvat, *ob. cit.*, núm. 2494].

## CAPÍTULO SEXTO

### *Naturaleza de la acción*

### SECCION 1ª CONCEPCIONES DOCTRINALES

1150. *Reparación.* Demolombe considera que la acción pauliana es una acción de reparación del perjuicio causado al acreedor que la intenta [t. II, núm. 247]. Hémard dice que es una acción de reparación de un hecho ilícito [t. II, núm. 1591]. Acher también estima que la referida acción es de reparación del perjuicio causado [pág. 106].

1151. *Revocación relativa, no nulidad.* Así expresan su pensamiento respecto de la acción referida, Aubry et Rau [t. IV, pág. 137, nota 24 y pág. 142, nota 38].

1152. *Ineficacia.* Para Butera la acción pauliana es de ineficacia, que quita valor al acto respecto al acreedor que es actor en la revocatoria, que produce una anulación limitada y relativa del acto [págs. 53-54]. Manuel Romero Sánchez piensa que la mencionada acción es una ineficacia de naturaleza *sui generis*, no nulidad [pág. 188].

1153. *Inoponibilidad.* Japiot [págs. 655-656] y Grouber [núm. 254, página 467] enseñan que la acción a que nos referimos es de nulidad de la categoría llamada de inoponibilidad, porque, destinada a proteger a los acreedores, sólo a éstos hace inoponible el acto. Gaudemet, a su vez, la considera como una especie de anulación relativa, una acción de inoponibilidad [página 407].

1154. *Nulidad y reparación.* Demogue sostiene que se trata en el caso de una nulidad especial, o sea la inoponibilidad, dominando el carácter de acción de indemnización, con la advertencia de que cuando la acción se ejercita contra un tercero de buena fe, tiene por base el enriquecimiento injusto [t. VII, núm. 1111, pág. 496, núm. 1112, pág. 499 y núm. 1113, pág. 499]. Colin et Capitant opinan que la mencionada acción participa de la naturaleza de la nulidad y de reparación del perjuicio [t. II, nú-

mero 267]. Planiol, Ripert, Esmein, Radouant et Gabolde dicen que la acción de que estamos tratando es de nulidad con fin de indemnización [t. VII, núm. 967, págs. 272-273]. Baudry-Lacantinerie et Barde dicen que la acción pauliana tiende a obtener, como reparación del perjuicio causado a los acreedores, la anulación del acto fraudulento y que la misma acción es de nulidad o de revocación, teniendo estas dos palabras el mismo sentido [t. XII, núms. 705-706].

1155. *Nulidad.* Este carácter atribuye Solón a la acción a que nos estamos refiriendo [t. I, núm. 459]. Salvat dice que la repetida acción es una verdadera acción de nulidad [núms. 2481-2482]. Ruggiero considera a la propia acción como de nulidad, que tiene por fin la revocación [t. II, página 170].

1156. *Nulidad absoluta.* Son de esta opinión Laurent [t. XVI, números 485 y 487] y Pacchioni [cap. II, núm. 6, pág. 73].

1157. *Nulidad especial.* Así es como clasifican a la acción pauliana Cunha Gonçalves [vol. V, pág. 793 y I, pág. 399], Bonnecase *[Précis,* t. II, núms. 111 y 120] Planiol [t. II, núm. 327] y Josserand [t. II, núm. 703 final y 704].

## SECCION 2ª CODIGO DE 1884

1158. *Rescisión.* Este código, en su libro tercero, título quinto, contiene el capítulo primero denominado "De la Rescisión de las Obligaciones". En este capítulo, inspirándose en el proyecto de código español comentado por García Goyena, después de establecer el principio de que "No pueden rescindirse más que las obligaciones que en sí mismas son válidas" [artículo 1656], dice que "Hay lugar a la rescisión: I. En los casos en que se haya cometido fraude en perjuicio de los acreedores al enajenar los bienes del deudor" [art. 1659]. Así pues, estos preceptos califican a la acción pauliana de rescisión y no de nulidad. Después, en el mismo capítulo se dice que "La rescisión que procede de fraude en perjuicio de los acreedores se rige por lo dispuesto en el capítulo III de este título" [art. 1661].

1159. *Nulidad.* En el capítulo tercero, que se acaba de citar, denominado "De los contratos celebrados en fraude a los acreedores", los artículos 1687 y siguientes tratan del régimen de los actos o contratos celebrados realmente por el deudor en perjuicio de su acreedor y en todos estos artículos se habla de rescisión del acto y no de su nulidad.

Sin embargo, creemos que aquí la palabra rescisión está empleada como sinónima de nulidad, pues ya sabemos [núm. 370 de este libro] que a veces se emplean indiferentemente las dos expresiones "acción de nulidad" o "acción de rescisión". A este respecto, Baudry-Lacantinerie et Barde



hacen notar que "Cuando Pothier escribía esta proposición: Todo lo que un deudor hace en fraude de sus acreedores puede ser rescindido, se inspiraba, sin duda alguna, en estas expresiones de las *Institutas rescissa alienatione,* expresiones que se refieren a la anulación producida por la *restitutio*" [t. XII, núm. 706].

Por otra parte, hemos visto en el número 1157 de este libro que Cunha Gonçalves califica a la acción pauliana como de nulidad y esta opinión es la que debemos seguir teniendo en cuenta que los artículos a los que nos hemos referido del capítulo denominado "De los contratos celebrados en fraude de los acreedores" tienen por origen el código portugués. El autor que acabamos de citar [t. I, núm. 64, pág. 399] dice que la rescindibilidad es una nulidad relativa de naturaleza especial; pues no se trata de violación de un precepto legal, sino de un deber moral o del principio del derecho natural dar a cada uno lo suyo, que el acto jurídico es anulable o rescindible sólo por contener un fraude, o sea la intención de perjudicar a terceros y cita los artículos 1033 y 1042 del código portugués, de los cuales proceden los artículos 1687 y 1697 del código de 1884.

Además, como veremos en los números 1161-1163 de este capítulo, en realidad la naturaleza jurídica de la acción pauliana es de nulidad.

Por tanto, concluimos que la contradicción existente entre los artículos del código de 1884, inspirados en el proyecto de código español, que consideran rescindibles a los actos ejecutados por el deudor en perjuicio de su acreedor y los artículos que tienen por origen el código portugués, según los cuales esos actos son anulables, debe resolverse con el predominio de la teoría de la nulidad.

## SECCION 3ª EL CODIGO DE 1928

1160. *Nulidad.* Nuestro código vigente no ha reproducido los artículos 1656 y 1659 citados en el número 1158 y sí ha adoptado los artículos 1687 y siguientes, con algunas modificaciones, entre las cuales hay que señalar la que consiste en haber sustituido la palabra rescisión por la palabra nulidad. No cabe duda, pues, que nuestro código de 1928 ve en la acción pauliana una acción de nulidad.

## SECCION 4ª FUNDAMENTOS DE LA ACCION DE NULIDAD

1161. *Los votos de la doctrina.* En vista de lo expuesto en la sección primera de este capítulo podemos afirmar que la doctrina dominante es la que reconoce en la acción pauliana el carácter de acción de nulidad. Y lo más significativo especialmente para nuestro derecho actual, es que entre los autores de esa doctrina se encuentra Bonnecase, cuya teoría general sobre

las nulidades ha sido adoptada por nuestro código de 1928 [véase este libro, núms. 71 y 76].

1162. *El vicio del acto.* El acto celebrado por el deudor en perjuicio de sus acreedores es vicioso en su origen, como vamos a ver.

El deudor está obligado a pagar con todos sus bienes presentes y futuros [art. 1928 del código de 1884] o en otros términos, el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes [art. 2964 del código de 1928]. Ahora bien, cuando el deudor ejecuta un acto sujeto a la acción pauliana, se pone en la condición de faltar al cumplimiento de sus obligaciones, perjudicando así a sus acreedores.

En el acto celebrado en fraude de los acreedores hay mala fe [arts. 1688 y 1691 del código de 1884 y 2164 y 2167 del código de 1928]. El deudor no pierde el derecho de enajenar sus bienes, pero tiene la obligación moral, al mismo tiempo que jurídica, de pagar sus deudas. Si enajena sus bienes sabiendo que no pagará, su acto está marcado de inmoralidad culpable. El fraude consiste justamente en celebrar un acto jurídico sabiendo que este acto creará o aumentará la insolvencia [Ripert. *La règle morale*, etc., número 169]. El autor del acto fraudulento quiere realizar un beneficio ilícito, escapar al pago de una obligación que le incumbe normalmente; el fraude implica por definición en el que lo comete, una conciencia suficiente de la situación de la mala acción que comete: no hay fraude pauliano sin el conocimiento del perjuicio causado a los acreedores [Josserand, *Les mobiles*, etc., 172 y 174].

Si se trata de un acto a título gratuito, el donante hace una liberalidad a expensas de sus acreedores. La inmoralidad del deudor basta para anular la donación, y la buena fe del donatario no cubre esta nulidad. El donatario no puede aceptar enriquecerse injustamente a expensas de los acreedores de su donante. Advertido de la situación, tiene el deber de restituir al donante los bienes donados [Ripert, *ob. cit.*, núm. 169].

1163. *Nulidad especial.* Bonnecase y los demás autores citados en el número 1157 clasifican a la acción pauliana como de nulidad especial. La especialidad de esta nulidad consiste en los efectos que produce y los cuales hemos estudiado en los capítulos cuarto y quinto precedentes. La misma nulidad debe clasificarse como nulidad relativa [V. este libro, núms. 55, 60c, 61c, 71].

1163 *bis. Conclusión.* Fundada suficientemente la tesis de que el acto celebrado por el deudor en perjuicio de su acreedor es nulo, quedan en consecuencia inadmisibles las opiniones según las cuales ese acto es rescindible o simplemente ineficaz.

## TÍTULO CUARTO

## LA SIMULACION EN PERJUICIO DE LOS ACREEDORES

1164. *Tabla A*

C. a. 1683.—C. P. 1030.—G. 1176.
„ „ 1684.—C. P. 1031.—C. v. 2183.
„ „ 1685.—C. P. 1031 párrafo único.—C. v. 2180.
„ „ 1686.—C. P. 1032.—C. v. 2184.

1165. *Tabla B*

C. v. 2180.—C. a. 1685.
„ „ 2181.—C. Arg. 956.
„ „ 2182.—C. Arg. 958.
„ „ 2183.—C. B. 105.—C. a. 1684.
„ „ 2184.—C. a. 1686 y 1691.

1166. BIBLIOGRAFIA. CUNHA GONÇALVES, vol. V, núms. 762-771 y 778; (y los autores franceses e italianos que cita); ALVES MOREIRA, vol. II, núms. 43-45; DÍAS FERREIRA, vol. II, págs. 271-275; SALVAT: *Tratado de Derecho civil argentino* (parte general), núms. 2422, 2423, 2507-2582; FERRARA: *La simulación de los negocios jurídicos* (traducción de la 5ª edición italiana); BUTERA: *Della Simulazione Nei Negozi Giuridice e Degli Acti "In Fraudem legis"*; PLANIOL, t. II, núms. 1185-1208; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, t. VI, núms. 333-345, t. VII, núms. 971-977; BONNECASE: *Précis*, t. II, núms. 607-612; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XII, núms. 731-742; HÉMARD, t. II, núms. 1119, 1240-1246, 1607-1609; LAURENT, t. XVI, núms. 497-499; DEMOLOMBE, t. II, núms. 235-236; COLIN et CAPITANT, t. II, núm. 271; JOSSERAND, t. II, núms. 216, 319-332, 706-708; AUBRY et RAU, t. I, párrafo 35, t. IV, párrafo 345; JOSSERAND: *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, núms. 192-207; DEMOGUE, t. I, núms. 159-172; CAPITANT. *Introduction a l'étude du Droit Civil*, núms. 240-242; BUFNOIR: *Propriété et contrat*, págs. 768-778; POTHIER: *Traité des obligations*, t. II, núm. 11, pág. 10; FUZIER-HERMAN: *Carpentier et Frerejouan du saint, Repertoire* etc., t. XXXIV, *Vº Simulation*; GIORGI, t. I, núm. 312, t. II, núms. 368-369, t. IV, núms. 158-167; SALDAÑA VILLALBA, A.: *La simulación en los negocios jurídicos, tesis, año de 1933.*

1167. *Observación.* Hay autores que se ocupan de la simulación en general al tratar de la voluntad en los actos jurídicos, por ejemplo Demo-

gue [t. I, núms. 159-172], Hémard [t. II, núm. 1119], Ruggiero [t. I, págs. 257 y 261]. Como, según veremos, la mayor parte de las simulaciones se hacen en perjuicio de los acreedores, considero preferible tratar de la simulación en general y especialmente de la que perjudica a los acreedores en un mismo lugar, por ser así el estudio de mayor utilidad práctica.

## CAPÍTULO PRIMERO

### *Concepto de la simulación en los actos jurídicos*

1168. *Textos legales.* Código de 1884: "Artículo 1685. Se llama simulado el acto o contrato en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas."

Código de 1928. "Artículo 2180. Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas."

1169. *El acto simulado.* La palabra falsamente, empleada en nuestros códigos (arts. citados en el número anterior) significa falta de conformidad entre la realidad y la apariencia [Cunha Gonçalves, t. V, pág. 714]. En el caso de simulación la intención de las partes es no realizar acto alguno o realizar otro acto [Alves Moreira, t. II, núm. 45, pág. 150]. Así pues, acto simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad o porque no existe en absoluto o porque es distinto de como aparece [Ferrara, número 2, pág. 60]. Aquí empleo, y en lo sucesivo seguiré empleando, la palabra acto en vez de la palabra negocio, que es la usada en la edición española como traducción de negozio.

1170. *Elementos de la simulación.* La simulación tiene los elementos siguientes: I. Un desacuerdo intencional y consciente entre la voluntad real y la declarada [Cunha Gonçalves, t. V, núm. 762, pág. 706; Alves Moreira, t. II, núm. 45, pág. 150; Ferrara, núm. 2, pág. 61]. "Lo interno, lo querido y lo externo, lo declarado, están en oposición consciente. En efecto, las partes no quieren el acto; quieren solamente hacerlo aparecer y, por eso, emiten una declaración disconforme con su voluntad [Ferrara, núm. 2, pág. 62]. II. La intención de engañar a terceros [Cunha Gonçalves, t. V, núm. 762, pág. 706; Ferrara, núm. 2, pág. 61]. "Los que simulan pretenden que a los ojos de los terceros aparezca formada una relación que, en realidad, no debe existir, pero de la cual se quiere mostrar una exterioridad engañadora mediante una declaración que carece de contenido volitivo. Se trata, pues, de una declaración efímera, vacía, ficticia, que no representa una voluntad real... las partes recurren a este artificio para hacer creer en la existencia de un acto no real o en la naturaleza distinta de un acto realizado seriamente" [Ferreira, núm. 2, pág. 62].



Agrega Ferrara que la "simulación supone un concierto, una inteligencia entre las partes; éstas cooperan juntas en la creación del acto aparente, en la producción de fantasma jurídico que constituye el acto simulado. Sin el concurso de todos, la simulación no es posible: no basta con el propósito de uno solo, pues con ello se tendría una reserva mental, no una simulación" [núm. 2, pág. 62]. Demogue dice a su vez: "La simulación no es posible a no ser que haya contrato, convenio o al menos acto unilateral dirigido a una persona determinada, porque supone una mentira concertada entre varias personas, es lo que la distingue de la reserva mental que es desconocida de la otra parte" [t. I, núm. 159, pág. 260].

1171. *Motivos lícitos.* La simulación de un acto jurídico puede a las veces ser determinado por motivos de orden moral, tales como evitar disensiones o conflictos con personas que se juzgan con derecho a idéntico beneficio [Cunha Gonçalves, t. V, pág. 704], evitar indiscreciones o que el público se ponga al corriente de sus negocios, o bien por modestia o desinterés para conservar bajo anonimato los beneficios que practican [lugar citado, pág. 705].

1172. *Motivos fraudulentos.* La mayoría de las simulaciones son fraudulentas, esto es, se practican en perjuicio de terceros [Cunha Gonçalves, t. V, núm. 762, pág. 704; Planiol, t. II, núm. 1190]. En los capítulos siguientes veremos ejemplos de simulaciones fraudulentas.

1173. *Acto ostensible y acto secreto.* Según Planiol, "Hay simulación cuando se celebra un convenio aparente cuyos efectos son modificados o suprimidos por otro convenio contemporáneo del primero y destinado a quedar secreto. Esta definición supone, pues, que hay identidad de partes y de objeto entre el acto ostensible y el acto secreto" [Planiol, t. II, número 1186]. "La simulación puede producirse en tres grados diferentes: 1º El acto secreto puede destruir totalmente el efecto del acto ostensible, de manera que la simulación ha creado una vana apariencia que no cubre ningún acto real. Es lo que sucede en las enajenaciones simuladas, cuando un deudor quiere sustraer su activo a los procedimientos judiciales de sus acreedores: simula una venta, pero una contraescritura comprueba que jamás ha tenido la intención de enajenar y el pretendido comprador reconoce que posee en realidad por otro. Este simulacro de venta sirve para impedir el embargo del bien vendido por los acreedores del vendedor. Se dice entonces que el acto es ficticio. 2º El acto secreto puede modificar en totalidad el acto ostensible, no ya para destruir su efecto, sino para cambiar su naturaleza. En este caso, las partes celebran un acto real, pero ocultan la naturaleza verdadera de él bajo una forma falsa. Por ejemplo, una de ellas hace a la otra una donación, pero presenta esta donación como siendo un venta y el pretendido comprador recibe comprobante de pago del precio y, no habiendo pagado nada, se encuentra que es en realidad un donatario.

Se dice entonces que el acto es disimulado... 3º Algunas veces, en fin, el disimulo es menor: en lugar de ocultar la naturaleza misma de su operación, los contratantes ocultan solamente una parte de sus condiciones... Hay entonces disimulo parcial" [Planiol, t. II, núm. 1188].

1174. *Crítica de Cunha Gonçalves.* Este autor, después de citar la definición de Planiol, la crítica en estos términos: "Este convenio secreto puede no existir en la simulación absoluta, a no ser que se tenga como tal la intención de suprimir el acto aparente, luego que él no sea necesario en relación con los terceros. En la simulación relativa o parcial, el convenio secreto lejos de modificar o suprimir los efectos del convenio aparente, procura llegar a idénticos resultados prácticos, aunque bajo diversa forma. Por ejemplo, el que hace una venta para ocultar una donación evidentemente quiere hacer al seudocomprador una trasmisión de bienes; y así la donación oculta no suprime, sino que confirma los principales efectos de la venta aparente" [Cunha Gonçalves, t. V, núm. 762, pág. 706].

1175. *Opinión de Ferrara.* "En la simulación, a una declaración preventiva, que permanece oculta y establece que no se quiere el acto de que se trata, sigue una declaración pública de que se quiere el acto. Estas dos declaraciones, separadas y autónomas tienen también en la mente de los contratantes una función diversa: la primera sirve para regular sus recíprocas relaciones y en esto se agotan sus efectos; la segunda, para producir la apariencia ante los terceros con propósito de engaño. Aquí hay un acuerdo sobre la no realidad del acto y la voluntad de producir la ficción; pero este acuerdo resulta ya de la sola declaración de contratar aparentemente (de la contra o antideclaración); y por su parte, la declaración pública, con la cual viene a ejecutarse dicho acuerdo y que tiende a producir la ilusión en el público, está en sí misma con su contenido y un fin determinado. Y no es una parte de la primera. En otros términos: los contratantes no dicen sí o no, como cree Kohler, no afirman por un instante la realidad del acto para desdecirse o revocarlo en seguida, sino que, originariamente, no quieren el acto y tratan de producir su apariencia... La unidad de la acción de la voluntad excluye la idea de la neutralización, que supone dos términos igualmente eficaces y contrarios. Por otra parte, puede añadirse, para que dos declaraciones se neutralicen precisa que se sucedan en el orden de lo positivo a lo negativo y, así, sustrayendo la una el contenido de la otra, dan por resultado cero... Pero es lo cierto —con certeza absoluta— que la ejecución del acto fingido sigue al acuerdo de la ficción; no es que el acto se paraliza después por efecto de una declaración contraria, es que estaba destinado a la muerte desde antes de nacer. Estas indicaciones sirven también en contra de la doctrina francesa que considera la simulación como el resultado de la modificación que en un convenio manifiesto produce un convenio secreto. El contrato simulado no es modificado o destruido por



un acto posterior, sino que, desde el principio, es un acto no serio, aparente y la convención secreta está destinada a constatar históricamente esta ficción" [núm. 3, págs. 71-73].

## CAPÍTULO SEGUNDO

### *La simulación absoluta*

1176. *La teoría de esta simulación.* "Es acto absolutamente simulado el que existiendo en apariciencia, carece en absoluto de un contenido serio y real" [Ferrara, núm. 22, pág. 191]. La simulación ha creado una vana apariencia que no oculta ningún acto real; se dice entonces que el acto es ficticio [Planiol, t. II, núm. 1188].

En el mismo sentido dice Cunha Gonçalves que desde el Derecho romano la simulación absoluta o contrato imaginario de Modestino, era como sombra y cuerpo sin espíritu, según la frase enérgica de Baldo y que en este caso el acto jurídico tiene color, pero ninguna sustancia [t. V, núm. 766, pág. 722]. A esta simulación se refieren las siguientes palabras del artículo 1685 del código de 1884: "Se llama simulado el acto o contrato en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado" [Cunha Gonçalves, t. V, núm. 766, pág. 723].

El artículo 2181 del código de 1928 establece que "La simulación es absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real". Salvat, comentando el precepto relativo del código argentino, dice que en los casos de simulación absoluta "el acto presenta las apariencias de tal, pero en realidad no hay tal acto ni ningún otro; se decía por esto: *colorem habet, substantiam vero nullam* (tiene color, pero sustancia ninguna)" *[ob. cit.,* núm. 2509, página 1046].

1177. *Casos de aplicación.* Refiriéndonos a la simulación absoluta que es practicada con un fin ilícito [Cunha Gonçalves, t. V, núm. 766, pág. 723; Planiol t. II, núm. 1190] diremos que "El fin principal que las partes se proponen al realizar un acto simulado, es el de producir una disminución ficticia del patrimonio o un aumento aparente del pasivo para, de este modo, frustrar la garantía de los acreedores e impedir su satisfacción. El acto simulado es el medio más frecuente y más terrible a que acuden los deudores para hacerse insolventes en apariencia y escapar al cumplimiento de sus obligaciones... Debemos ahora reseñar las varias clases de actos absolutamente simulados" [Ferrara, núm. 23, págs. 192-193].

1178. I. *Disminución ficticia del patrimonio.* A este respecto dice Cunha Gonçalves: "Ventas... cesiones, daciones en pago, transacciones, disolución de sociedades o constitución de ellas, división de la cosa común... etcétera, todo se tiene simulado... Simulaciones absolutas constituyen también: *a)* El hecho del vendedor de un predio al pretender inu-

tilizar esta venta, aprovechándose de la circunstancia de no estar ella aún registrada, haciendo segunda venta del mismo predio a un falso comprador que la registró inmediatamente y antes de aquélla... *b)* La venta simulada de un predio para inutilizar un arrendamiento sujeto a registro y no registrado... Pero, la simulación absoluta evidentemente prevista en el artículo 1032 es la enajenación ficticia de los bienes, para sustraerlos fraudulentamente de la ejecución de los acreedores; pues éste es el acto simulado más frecuentemente practicado, en todos los tiempos y en todos los países [Cunha Gonçalves, t. V, núm. 766, pág. 724].

Salvat, refiriéndose a la simulación absoluta, se expresa así: "El caso típico de esta clase de simulación es el de las ventas hechas por el deudor en perjuicio de sus acreedores; por ejemplo, Pablo, recargado de deudas y para evitar que sus acreedores le vendan una casa que posee, se aprestura a vendérsela a su amigo Pedro; se otorga la respectiva escritura, que es inscrita en el Registro de la Propiedad; se declara en ella que la posesión ha sido transferida a Pedro y se hace figurar, como pagado en el acto mismo, el precio de la finca; el acto tiene todas las apariencias de ser una venta real; pero después resulta que todo es una farsa, la posesión no ha sido transferida, el precio ha sido devuelto íntegramente a Pedro, la venta no ha existido. Podrían igualmente encontrarse donaciones aparentes... que no han tenido ninguna realidad, etc. [Salvat, *ob. cit.*, núm. 2509, página 1046].

Ferrara [t. V, núm. 23, págs. 193-198] amplía lo expuesto en los términos que transcribimos a continuación, en los números 1179 a 1185.

1179. *Ventas de inmuebles.* "El deudor que se ve amenazado de una ejecución inminente y quiere substraer sus bienes a las acciones de los acreedores, conservándolos en provecho propio, se apresura a simular ventas de sus inmuebles a favor de terceras personas que, secretamente, están de acuerdo con él para figurar como adquirentes, cuando, en realidad, el enajenante fingido ha de conservar la propiedad de los bienes. Las partes no descuidan nada para que el acto tenga toda la apariencia de verdadero y real. No se omite la redacción de un instrumento público y su transcripción normal para hacer ver que el comprador es de buena fe y no teme publicar su adquisición: al contrato se le agregan cláusulas y particularidades que puedan manifestar una intención sincera en los contratantes: se fija un precio elevado para demostrar que el deudor ha vendido porque en ello encontraba su conveniencia; en una palabra, se despliega todo el aparato necesario para evitar las sospechas de fraude. Cuando los acreedores van a proceder ejecutivamente, encuentran que el patrimonio del deudor se ha liquidado ya y que los bienes que pertenecían al mismo y con los cuales contaban para la satisfacción de sus créditos, se han disipado y no les queda otro recurso que el de impugnar de simulación las ventas falsas para probar que los bienes no se han enajenado verdaderamente y siguen



estando afectos a la garantía de sus derechos. Pero no se olvide que si no demuestran el carácter aparente del acto, tienen todavía a su favor la acción pauliana para perseguir las enajenaciones fraudulentas, si concurren los requisitos necesarios para que pueda intentarse esta acción."

1180. *Ventas de muebles.* "Es también frecuente en la práctica la distracción simulada de los muebles, para substraerlos a la acción de los acreedores. El deudor, durante el procedimiento ejecutivo, hace una venta por escritura privada de fecha anterior o se previene antes contra la ejecución futura, despojándose ocultamente de los bienes muebles que le pertenecen; y luego, en el juicio de ejecución de la prenda o de secuestro, aparecen los adquirentes fingidos con demandas de tercería para reivindicar los muebles embargados o detenidos aún por el deudor a título de depósito, precario o alquiler, también simulados. Las circunstancias del caso y la calidad de las personas son muchas veces indicio seguro del carácter ficticio del acto."

1181. *Daciones en pago.* "Pero, a veces, para alejar la sospecha que brota de estas enajenaciones consentidas por un deudor agobiado de reclamaciones, se coloca la venta fingida bajo la forma de una dación en pago. El acto entonces aparece a la vista de todos con una justificación objetiva, porque no hay nada más honrado que cumplir puntualmente las propias obligaciones y la dación no es más que una forma de pago... Más frecuentes aún son las daciones en pago hechas con bienes muebles que se quieren substraer a un embargo próximo; y, generalmente, se agravan con dos circunstancias que sirven para revelar la falta de seriedad del acto, a saber, la enajenación de todo el patrimonio mueble, aun aquel que, por ser indispensable para la satisfacción de las necesidades personales, hace más falta y, además, la conservación del mismo por el deudor a título distinto del de propiedad, lo cual pone de manifiesto una contradicción difícil de conciliar en la intención del que da y, sin embargo, conserva lo enajenado. Pero al discutir el carácter jurídico de la dación en pago hay que examinar si existe o no el crédito que se pretende haber satisfecho..."

1182. *Signo de la simulación.* "Estas ventas o daciones en pago, hechas amigablemente y que sólo deben tener una existencia aparente, suelen realizarse entre personas ligadas por vínculos estrechos de parentesco o de afecto, porque ni los extraños se prestarían fácilmente a participar de un fraude, contrayendo la consiguiente responsabilidad personal, ni el deudor se fiaría de ellos colocándolos en una posición de que podrían abusar y en que experimentarían la verdad de aquel proverbio que dice que quien prepara la trampa para los demás, es el primero en caer en ella."

1183. *Cesión.* "Los mismos fines fraudulentos se realizan mediante la enajenación simulada de un derecho de crédito bajo la forma de cesión

o cesión en pago. Así, es frecuente en la práctica simular la cesión, de fecha anterior, de un crédito embargado para eludir los procedimientos de los acreedores o la cesión de los derechos hereditarios a favor de una tercera persona o de un coheredero, para substraer la herencia adquirida a las acciones de los acreedores personales"

1184. *Derecho real.* "El deudor puede llevar a cabo una enajenación fingida, de carácter limitado o eventual, constituyendo sobre sus bienes inmuebles derechos en cosa ajena que, en una futura ejecución del fundo, quedarán a salvo o concederán una preferencia respecto del inmueble ejecutado. De aquí que no sea raro encontrar constituciones fingidas de usufructo, enfiteusis o superficie, con las cuales el deudor, mediante un testaferro, conserva casi el pleno goce de sus bienes, dejando solamente a los acreedores un derecho de nuda propiedad, de contenido limitado y de escaso valor comercial... No menos perjudicial resulta la constitución de una hipoteca a que puede haber precedido la simulación de una deuda, y por la cual el fingido acreedor hipotecario viene a realizar en beneficio exclusivo del obligado toda o la mayor parte de aquellos bienes inmuebles que debían ser la garantía de los verdaderos acreedores."

1185. *Sociedad.* "Finalmente, puede simularse una enajenación bajo la forma del contrato de sociedad. Los inmuebles del deudor aparecen como aportación a una sociedad imaginaria..."

1186. *Arrendamiento.* Constituye también simulación absoluta el segundo arrendamiento simulado, hecho como medio de realizar una acción simulada de desocupación en perjuicio del verdadero arrendatario [Cunha Gonçalves, t. V, núm. 766, pág. 724].

Refiriéndose Ferrara también al arrendamiento dice que "El contrato arrendaticio se presta mucho, en manos de los que simulan, para consumar fraudes, pues con él se pueden substraer durante largo tiempo los frutos de un fundo, bajo la apariencia de su atribución obligatoria a una persona, con daño de los acreedores y de los que adquieran después algún derecho sobre la cosa" [núm. 25, pág. 212].

1187. II. *Aumento aparente del pasivo.* A esta especie pertenecen las confesiones de deuda simuladas [Cunha Gonçalves, t. V, núm. 765, pág. 718 y núm. 766, pág. 724], así como los préstamos que no han tenido ninguna realidad [Salvat, núm. 2509, pág. 1046]. "Un medio muy expedito para obligarse y que goza de la preferencia de los deudores consiste en emitir letras y otros títulos a la orden, que, por estar fechados con anterioridad, resultan más funestos por lo difícil que es probar el acuerdo engañoso" [Ferrara, núm. 28, pág. 217].



## CAPÍTULO TERCERO

### *La simulación relativa*

1188. *La teoría de esta simulación.* "La simulación relativa consiste en disfrazar un acto: en ella se realiza aparentemente un acto jurídico, queriendo y llevando a cabo en realidad otro distinto. Los contratantes concluyen un acto verdadero que ocultan bajo una forma diversa, de tal modo que su verdadera naturaleza permanezca secreta. La figura aparente del acto sólo sirve para engañar al público; pero detrás de esa falsa apariencia, se esconde la verdad de lo que las partes han querido realizar y sustraer al conocimiento de los terceros. De aquí que con frecuencia se le designe, ya como negocio disimulado... El disfraz de un acto jurídico no puede reprobarse en sí mismo mientras no se ofenda con él la ley o el derecho de los demás. El mantener secreto un acto puede constituir un interés legítimo y respetable y no hay razón alguna de orden público que prohiba sustraer a la observación de los terceros la verdadera naturaleza del acto realizado... Examinemos íntimamente el mecanismo de la simulación relativa. De su análisis resulta que existen dos actos: el manifiesto, fingido, y el oculto, serio; de ellos, el primero sirve para disimular el segundo... la simulación, aquí, no se limita a crear la apariencia, sino que produce esta última para encubrir un acto verdadero" [Ferrara, núm. 32, págs. 222-224].

Las partes celebran un acto real, pero ocultan la naturaleza verdadera de él bajo una forma falsa [Planiol, t. II, núm. 1188].

La simulación relativa se verifica cuando las partes, bajo un acto aparente, ocultan un acto verdadero, en general prohibido por la ley... La simulación relativa puede recaer ora sobre la naturaleza del contrato, ora sobre su contenido o cierta cláusula o sobre las personas [Cunha Gonçalves, t. V, núm. 766, págs. 726-727; Ferrara, núm. 37, pág. 256; Planiol, t. II, núms. 1188-1189]. A esta simulación se refieren las siguientes palabras del artículo 1685 del código de 1884. "Se llama simulado el acto o contrato en que las partes declaran o confiesan falsamente... lo que no se ha convenido entre ellas" [véase Cunha Gonçalves, t. V, núm. 766, pág. 723, comentando el artículo relativo del código portugués].

El artículo 2181 del código de 1928 establece que "La simulación... es relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter". Salvat comenta el artículo relativo del código argentino, diciendo: "En el caso de la simulación relativa tenemos dos actos jurídicos: 1º el acto ostensible, llamado también aparente o ficticio; es el que las partes han aparentado o simulado realizar; 2º el acto oculto, llamado también sincero o real; este acto, que es el que verdaderamente las partes han querido realizar, está destinado siempre a quedar secreto entre ellas" [núm. 2510, pág. 1046].

1189. *Simulación de la naturaleza del contrato.* He aquí algunos casos de esta especie de simulación:

Una donación se hace bajo la forma de venta para eludir el pago del impuesto sobre donaciones, que es más elevado que el que causa la venta, defraudándose así al fisco [Planiol, t. II, núm. 1190, nota]. La venta con precio fingido "puede ir acompañada de la reserva de usufructo o de un gravamen de renta vitalicia, modalidades que tienen verdadera realidad y afectan con plena eficacia la donación oculta. Sin embargo, las circunstancias del caso pueden revelar claramente la verdadera naturaleza del acto. La posición de cada una de las partes, las relaciones de afecto existentes entre las mismas, la imposibilidad del supuesto adquirente de disponer de la cantidad representada por el precio, etc., etc., demostrarán en su caso, que se trata de una enajenación gratuita" [Ferrara, núm. 38, pág. 258].

La donación puede vestir también el ropaje de un arrendamiento, si la renta no existe en realidad y el arrendatario obtiene el disfrute gratuito de la cosa arrendada [ver Ferrara, núm. 38, pág. 258].

Además, una donación puede tomar la forma de sociedad, si la aportación es puramente fingida y la finalidad del contrato está en conferir un beneficio a alguno de los socios [Ferrara, núm. 38, pág. 258].

Lo mismo diremos de la transacción. Si lo que se da en ella como equivalente se entrega, no para terminar o prevenir una contienda judicial, sino por puro ánimo de liberalidad, tendremos también una donación disfrazada" [Ferrara, núm. 38, pág. 258].

"Son muy numerosas las donaciones ocultas bajo la forma de un reconocimiento de deuda que no proviene de obligación anterior, sino que crea una nueva con ánimo de donar" [Ferrara, núm. 38, pág. 259].

"Son también frecuentes las liberalidades bajo la forma de pago, recibo falso y liberación" [Ferrara, núm. 38, pág. 259].

"Una suma que parece entregada en mutuo puede haberse dado realmente con causa de donación" [Ferrara, núm. 38, pág. 259].

"Es muy interesante el caso de la donación disfrazada bajo la forma de un depósito confiado a una persona con la orden de restituirlo a un tercero que se designa como mandatario y que, en realidad, es un donatario" [Ferrara, núm. 38, pág. 259].

La venta se desfigura bajo la forma de permuta para impedir la rescisión por lesión, cuando sea de aplicación el código de 1884 [véase Ferrara, núm. 37, pág. 256 y la presente obra, núms. 371 y sigs.].

Al reconocimiento de una deuda de juego prohibido se le da la apariencia de reconocimiento de mutuo [véase Ferrara, núm. 37, pág. 257].

Se le da la forma de venta a un contrato de mutuo garantizado con la cosa que aparece como objeto de la venta [véase Ferrara, núm. 37, página 257].



1190. *Simulación en el contenido del contrato.* "O, lo que es igual, del objeto, del precio, de la fecha, de las modalidades y de los pactos accesorios" [Ferrara, núm. 40, pág. 264].

Así, por ejemplo, la simulación puede limitarse al precio estipulado, disminuyéndolo, para ahorrarse en parte el pago del impuesto de translación de dominio u otro derecho fiscal [véase Ferrara, núm. 41, págs. 264 y 265].

1191. *Referencia.* "Procede ahora que tratemos de la tercera categoría de actos simulados o sea de la simulación en los sujetos o interposición de persona; pero esta materia tiene capital importancia y constituye por sí una doctrina sustantiva y autónoma, por lo cual merece que nos ocupemos de ella en capítulo aparte" [Ferrara, núm. 44, pág. 268].

## CAPÍTULO CUARTO

### *La interposición de persona*

1192. *Persona interpuesta en general.* "Al celebrarse un acto jurídico, cabe que se interponga una persona extraña con el fin de ocultar al verdadero interesado. Esta persona sirve de intermediario, de eslabón entre los que quieren conseguir los efectos de un acto jurídico. Los caracteres que la distinguen, en general, son: 1º Ponerse entre dos, que deben ligarse directamente en el acto o entre los cuales debe descansar en definitiva el contenido patrimonial del mismo; sin que el intermediario tenga en el acto un interés personal; 2º Su función de ocultar al verdadero dueño del negocio que quiere permanecer entre bastidores. Esta figura genérica se llama persona interpuesta" [Ferrara, núm. 50, pág. 288].

"Pero esta intromisión de un tercero en las relaciones contractuales de otro puede revestir distinta forma jurídica. Y aquí se impone una división de las personas interpuestas en dos grandes categorías, a saber: personas interpuestas reales y personas interpuestas simuladas" [Ferrara, núm. 50, página 288].

1193. *Persona real.* "El intermediario puede intervenir en el contrato... como contratante efectivo, entablando la relación jurídica en su propio nombre y convirtiéndose de este modo en titular de los derechos y obligaciones que derivan de la misma, para inmediatamente volverlos a transferir al dueño del negocio, que se ha mantenido apartado de éste" [Ferrara, núm. 50, pág. 288].

"El último efecto del acto jurídico se producirá entre los verdaderos interesados, pero antes es preciso que pase por la persona interpuesta, la cual, transitoria, pero necesariamente, debe adquirir para su patrimonio la propiedad o los créditos resultantes del contrato y las responsabilidades y deudas correlativas. Durante esta etapa transitoria, se convierte en propie-

tario como se convierte en deudor; pero lo uno y lo otro realmente, aun cuando desde el punto de vista económico no pueda decirse que su patrimonio se aumente o disminuya, que es lo que en parte ha hecho creer que se trataba de un titular aparente" [Ferrara, núm. 50, pág. 289].

"Examinemos ahora las condiciones de que resulta la interposición real. Se necesita: 1º La existencia de tres personas, una de las cuales se presta a formar, en su propio nombre, el vínculo que interesa en realidad a otra que permanece ajena al contrato... 2º El acuerdo entre el que promueve la interposición y la persona interpuesta; acuerdo que determina cómo el intermediario ha de usar del efecto jurídico que obtiene en nombre propio. En cambio, no hace falta que el tercero conozca la cualidad de persona interpuesta de quien se encuentra frente a él. Es más: la mayor parte de las veces no debe conocerla, porque el engaño va contra el tercero" [Ferrara, núm. 50, págs. 292-293].

1194. *Persona simulada.* "Vengamos ahora a la interposición ficticia como forma especial de la simulación... El contrato figura como celebrado por otro, pero esto es pura apariencia, porque es el *dominus* el que lo celebra en realidad... Los derechos y obligaciones no se detienen ni un solo instante en ella (la persona interpuesta), sino que nacen directamente para el patrimonio del *dominus*, el único que ha actuado en el contrato, aunque bajo un nombre mentido. A esta clase de persona interpuesta se le aplican en la práctica denominaciones un tanto grotescas, pero muy llamativas, como hombre de paja, testaferro, fantoche... Es un prestanombre, en sentido técnico" [Ferrara, núm. 51, pág. 295].

"Hay dos clases de testaferros. Puede resultar esta figura de un contrato absolutamente simulado —así, el comprador aparente es testaferro del enajenante fingido, el acreedor supuesto es testaferro del supuesto deudor, etc.—; y en este sentido, la figura no tiene carácter específico, carece de significación propia y entra en la teoría de la simulación absoluta... Otras veces resulta de un acto jurídico serio en sí mismo y en el cual la simulación sólo tiene por objeto que figure una persona distinta del verdadero contratante, y entonces es cuando el testaferro adquiere una personalidad propia y definida, constituyendo el eje de una doctrina independiente. En este caso, el testaferro se caracteriza como persona interpuesta de carácter ficticio, cuyo fin es disfrazar al verdadero contratante que quiere permanecer oculto" [Ferrara, núm. 51, pág. 296].

"Este procedimiento constituye un modo especial de simulación. Las partes quieren realmente el acto, pero se valen de contratantes ficticios para substraerse al conocimiento de los terceros o de la ley... Para que se produzca la interposición simulada no basta el acuerdo entre el interponente y el testaferro, sino que se requiere asimismo la inteligencia con el tercer contratante. En efecto, consistiendo el acuerdo simulatorio en que comparezca otra persona en el lugar del verdadero contratante, se necesita que tome parte en el mismo acuerdo el tercero que debe entablar la relación



con persona distinta de la que figura en el contrato. Sin su consentimiento, tendríamos un propósito unilateral de simulación, no una simulación... Si *A* quiere comprar de *B* por medio de *P*, persona interpuesta, es preciso que el vendedor conozca la simulación y tome parte en ella, pues en otro caso la adquisición sería para el testaferro *P* y no para *A*. El acuerdo de simular que sólo existe entre el interponente y la persona interpuesta, es respecto al tercero, una mera reserva mental" [Ferrara, núm. 51, páginas 296-297].

## CAPÍTULO QUINTO

## *Los efectos de la simulación*

## SECCION 1ª EL DERECHO ANTERIOR

### I. El acto aparente

### A. *Relaciones entre las partes y con los terceros perjudicados*

1195. *Derecho portugués.* Cunha Gonçalves sostiene que en cuanto al acto aparente, la simulación produce una nulidad relativa de carácter especial que debemos designar con el término rescindibilidad [t. V, núm. 767, pág. 732 y t. I, pág. 399].

En contra de este parecer Alves Moreira dice que cuando es la intención de las partes no realizar acto alguno, ninguna obligación queda existiendo entre ellas y cuando la intención es realizar otro acto, el acto simulado no debe producir efectos [t. II, núm. 45, pág. 150]. Quiere decir que para Alves Moreira en los casos de simulación absoluta y de simulación relativa el acto aparente es inexistente.

1196. *Derecho italiano.* Butera afirma que: "El acto simulado de modo absoluto es un acto jurídico inexistente" y hablando del acto simulado de modo relativo agrega que lo que se simula no vale nada [*ob. cit.*, núm. 58, páginas 233 y 234].

Ferrara expone que "El acto absolutamente simulado es nulo... si las partes hubieran querido confirmar o llevar a ejecución esta apariencia de acto, sería también nula tal confirmación, porque ésta presupone un acto existente aunque defectuoso, e improductiva de consecuencias jurídicas la ejecución voluntaria, ya que no puede ponerse en ejecución lo que no existe [núm. 53, pág. 303]... Pasemos ahora a estudiar los efectos de la simulación relativa... También aquí la simulación tiene por efecto la nulidad del acto aparente [núm. 57, pág. 308].

"Si la simulación no afecta por entero al acto jurídico, sino a una parte del mismo, quedando reducida a determinada cláusula o modalidad, la nulidad (nosotros diríamos la inexistencia) será parcial; es decir, perderá su eficacia la parte no verdadera del contrato" [núm. 55, pág. 306].

1197. *Derecho francés.* Colin y Capitant se expresan así: "La acción sobre declaración de simulación no es, pues, ni una acción de nulidad, ni una acción de reparación del perjuicio. Es una acción sobre declaración de inexistencia" [t. II, núm. 271, pág. 258].

1198. *Derecho mexicano.* De acuerdo con lo que expone Saldaña Villalba en su tesis [págs. 75 y 79, 90-91], como en la simulación las partes no han querido el acto aparente [núms. 1169, 1175, 1176 y 1188 de este libro] por la ausencia de voluntad ese acto es inexistente [núms. 52 y 72 de este libro] y, en consecuencia, cualquiera persona puede prevalerse de ella [núm. 60 de este libro].

Así pues, cualquiera de las partes puede pedir que se declare la inexistencia del acto aparente.

El código de 1884 expresamente se ocupa de los terceros perjudicados en los artículos que dicen: "Artículo 1684. Los actos y contratos simulados por los contrayentes, con el fin de defraudar los derechos de un tercero, pueden rescindirse o anularse en todo tiempo a petición de los perjudicados." "Artículo 1686. Luego que se rescinda o anule el acto simulado, se restituirá la cosa o derecho a quien pertenezca, con sus frutos e intereses, si los hubiere." Acerca de estos artículos hay que notar: 1º Que los actos y contratos a que se refieren estos artículos son los actos aparentes, que son los únicos que existen en la simulación absoluta y uno de los dos vistos por las partes en la simulación relativa [Cunha Gonçalves, t. V, núm. 767, pág. 732]. 2º Que los actos llamados rescindibles o anulables en realidad son inexistentes, de acuerdo con lo que acabamos de exponer. 3º Que pueden pedir la inexistencia del acto aparente los acreedores perjudicados con la simulación, aunque su crédito sea posterior a la simulación [véase en este sentido Alves Moreira, núm. 45, pág. 151]. 4º Que el fin de defraudar los derechos de terceros a que se refiere el artículo 1684, no debe considerarse como significando que el deudor tiene la intención directa de perjudicarlos. Basta que haya perjuicio para ellos en virtud del acto simulado, porque el fraude consiste en la propia simulación [Alves Moreira, núm. 45, pág. 154].

B. *Relaciones con otros terceros de buena fe*

1199. *Tercero de buena fe.* "El acto ostensible, siendo el único conocido de los terceros, crea una situación aparente, con la cual deben poder contar todas las personas que tratan de buena fe con las partes; el acto conservado en secreto no debe, pues, oponérseles... Así, siempre que la producción del convenio secreto produjere un resultado desfavorable a los terceros, no se le tendrá en cuenta; sólo el acto ostensible será ejecutado. Esta regla se aplicará a los que han tratado de buena fe con un prestanombre, por ejemplo, un prestamista que se haya hecho conceder una hipoteca por el adquirente aparente sobre el inmueble que ha sido objeto de una enajenación simulada" [Planiol, t. II, núm. 1197].



Cunha Gonçalves reconoce que la doctrina dominante (aunque no participa de ella), es que contra terceros de buena fe no se puede invocar la nulidad de los actos simulados, pues ninguno puede hacer prevalecer su dolo o culpa contra la buena fe de los terceros, y cita en este sentido a varios autores italianos y franceses [t. V, núm. 769, págs. 744-745].

Ferrara, a su vez, establece el principio de que "La simulación no produce efecto en perjuicio de terceros de buena fe y a título oneroso" [número 64, pág. 360].

Por nuestra parte, creemos que, aplicando por analogía el artículo 1691 del código de 1884 [véase núm. 1136 de este libro], podemos decir que la acción concedida a los acreedores perjudicados por la simulación contra el adquirente aparente no procede contra tercer poseedor de buena fe.

Tratándose de inmuebles, cuando estudiemos la institución del Registro Público veremos hasta qué punto está protegido el tercero de buena fe.

II. El acto secreto

1200. *Relaciones entre las partes y con los terceros perjudicados.* Declarado inexistente el acto aparente, tratándose de simulación absoluta, nada queda, "la posición de las partes queda como antes" [Ferrara, número 53, pág. 303].

Si la simulación es relativa, "queda incólume la verdadera relación jurídica contraída secretamente, la cual será eficaz si reúne las condiciones necesarias para su existencia y validez. De este modo, apartado el acto ficticio, se aplicarán al disimulado los principios comunes y producirá los mismos efectos que habría producido de haber sido estipulado de un modo manifiesto. Así también, si el contrato es ilícito, seguirá siendo nulo... Si careciendo de contenido reprobable, le corresponden por su naturaleza especiales consecuencias jurídicas, éstas se producirán también [Ferrara, núm. 57, págs. 308-309].

Cuando Planiol [t. II, núm. 1191] y los autores que cita dicen que la simulación no es causa de nulidad y que si el acto se encuentra nulo no es porque sea simulado, sino porque hay una razón particular para anularlo, se refieren al acto verdadero, o sea al acto secreto.

1201. *Relaciones con los terceros poseedores de buena fe.* De acuerdo con lo que hemos expuesto [núm. 1199 anterior] a estos terceros no les es aplicable el acto secreto.

## SECCION 2ª EL DERECHO VIGENTE

1202. *Simulación absoluta.* En consonancia con lo que hemos expuesto en el número 1198 de este tomo diremos que por la ausencia de

voluntad el acto aparente es inexistente [núm. 71 de este libro]. En efecto, el artículo 2224 del código de 1928 declara inexistente el acto jurídico en el que falta el consentimiento y agrega que no producirá efecto legal alguno. El mismo código dice en el primer párrafo del artículo 2182 que "La simulación absoluta no produce efectos jurídicos". Es decir, el acto aparente, que es el único que existe en la simulación absoluta [véase núm. 1176 de este libro] no produce efecto alguno.

1203. *Simulación relativa.* Por las mismas razones invocadas en el número anterior, en la simulación relativa el acto aparente también es inexistente.

"Será el acto secreto el que prevalecerá sobre el acto ostensible con todas las consecuencias legales que esto comporte; las relaciones entre las partes serán regidas... por las reglas del acto oculto o sincero. Ejemplo: en el caso de una donación hecha en forma de venta, probado el verdadero carácter del acto, el donante, no obstante aparecer como vendedor, podrá revocar la donación por ingratitud del donatario, comprador aparente de los bienes" [Salvat, *op. cit.*, núm. 2524 y art. 2370 del código de 1928]. Dicho principio es el que rige también en el caso en que la acción de simulación es ejercida por los terceros [Salvat, *op. cit.*, núm. 2524].

"Descubierto el acto real que oculta la simulación relativa, ese acto no será nulo si no hay ley que así lo declare" [párrafo segundo del artículo 2182 del código de 1928]. Este artículo consagra la doctrina que hemos expuesto en el número 1200 de este libro y a la cual alude asimismo Salvat *[op. cit.*, núm. 2521, nota en pág. 1051].

1204. *Acción de simulación.* Según el artículo 2183 del código de 1928, "Pueden pedir la nulidad de los actos simulados, los terceros perjudicados con la simulación, o el Ministerio Público cuando ésta se cometió en transgresión de la ley o en perjuicio de la Hacienda Pública." Este artículo no debe interpretarse limitativamente, porque, como hemos visto en el número anterior, también las partes pueden demandar la declaración de simulación, dado que el acto aparente, al que el artículo transcrito llama nulo, en realidad es inexistente.

De acuerdo con Salvat *[op. cit.]*, podemos decir que "La acción en declaración de simulación... aun en el caso de ser ejercida por los acreedores... llena un fin exclusivamente propio; su condición única es que la simulación alegada cause perjuicio a los acreedores; la única prueba que los acreedores deben producir, es la de la simulación y el perjuicio que les causa" [núm. 2527]... "El perjuicio, por lo demás, existe desde que se constate la insolvencia del deudor; desde el momento que el acreedor no pueda cobrarse íntegramente su crédito, la simulación, substrayendo aparentemente del patrimonio del deudor bienes que son su prenda y con cuyo importe podría cobrarse, le causa un perjuicio innegable" [núm. 2528]... "La acción de simulación... puede serlo (intentada), tanto por los acreedores anteriores como por los posteriores" (número 2531)... "La acción de simulación puede ser ejercida por los acreedores condicionales y, con mayor razón, por los acreedores a término" [núm. 2538]... "La acción en declaración de simulación debe dirigirse conjuntamente contra las dos partes otorgantes del acto simulado" [núm. 2540].



1205. *Restitución.* "Luego que se anule un acto simulado, se restituirá la cosa o derecho a quien pertenezca, con sus frutos e intereses, si los hubiere..." [Primera parte, art. 2184 del código de 1928].

1206. *Terceros de buena fe.* "Pero si la cosa o derecho ha pasado a título oneroso a un tercero de buena fe, no habrá lugar a la restitución. También subsistirán los gravámenes impuestos a favor de tercero de buena fe" [segunda y tercera partes del artículo 2184 del código de 1928].

## CUARTA PARTE

# LAS OBLIGACIONES NATURALES

1207. BIBLIOGRAFIA BONNECASE: *Suppl.*, t. V., núms. 11-152; BONNECASE: *Précis*, t. II, núms. 148-165; RIPERT: *La régle morale dans les obligations civiles*, núms. 187-192; HÉMARD, t. II, núms. 1093-1327, 1440-1449, 1766; PLANIOL, t. II, núms. 337-346, 2109-2110, 2331-2332; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, t. VII, núms. 978-997; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XIII, núms. 1652-1683; BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis*, t. II, núms. 246-247; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL *(Cautionnement)*, t. XXIV, núms. 943, 945, 946 y 947; COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 272-279; DEMOLOMBE, t. IV, núms. 33-49; LAURENT, t. XVII, núms. 1-31; GAUDEMET: *Théorie générale des obligations*, págs. 485-488; AUBRY et RAU, t. IV, párrafo 297; POTHIER: *Traité des obligations*, t. I, núm. 192; BUFNOIR, pág. 449; BEUDANT, núms. 546-551 et 435; PERREAU: *Les obligations de conscience*, Rev. Trim. de D. C., t. XII, pág. 503; GARCÍA GOYENA: *Comentarios a los arts. 1025, 1700 y 1767*; SCHNEIDER et FICK, t. I, pág. 179 y pág. 1; TUHR, t. I, pág. 375, págs. 28-30; ROSSEL, t. I, núms. 21, 158, 274, 293, 936; *Code Civil Allemand, traduit e annoté* (comentarios de Saleilles al art. 222 y de Lévy-Ullmann al art. 814); ENNECCERUS-LEHMANN, vol. I, párrafo 3, pág. 12; GIORGI, t. I, núms. 36-67 ter.; POLACCO, t. I, núm. 22; CUNHA GONÇALVES, t. IV, núm. 474 y t. VII, pág. 324; GIRARD, págs. 634-639; *Datos de Macedo*. Comentario al art. 1705.

1208. *Antecedente.* Mi estudio "Las obligaciones naturales" publicado en Jus, t. VII, núm. 37 de agosto de 1941.

## TÍTULO PRIMERO

# LA DOCTRINA FRANCESA

### CAPÍTULO ÚNICO

### *Ideas generales*

1209. *Carácter distintivo.* En la obligación natural el acreedor está privado del derecho de exigir la ejecución; su derecho está desprovisto de sanción. Pero si el deudor ejecuta la obligación voluntariamente, no puede reclamar lo que ha entregado; la obligación natural sirve de base a un pago válido [Hémard, t. II, núm. 1440].

El segundo párrafo del artículo 1235 del código civil francés dice: "No se admite la repetición respecto de las obligaciones naturales que han sido voluntariamente pagadas."

1210. *Enumeración.* Los autores hacen enumeraciones que comprenden un número mayor o menor de obligaciones naturales. Nosotros nos limitaremos a señalar las siguientes: la obligación contraída por un incapaz, la deuda de juego, la obligación prescrita y otras obligaciones cuyo contenido es un deber moral.

1211. *Efectos.* Algunos autores no reconocen más efectos de la obligación natural que el de la validez del pago; según otros, dicha obligación puede garantizarse con fianza, con prenda o con hipoteca y hay quienes enseñan que es susceptible de compensación y puede transformarse en obligación civil.

1212. *Naturaleza.* Según una teoría, la obligación natural está fundada en un deber de conciencia [véase Planiol y especialmente de Ripert en la *Règle morale dans les obligations civiles*, lugares citados]. Según otra teoría, la obligación natural es una obligación civil imperfecta [véase Laurent, Bufnoir, Beudant, Baudry-Lacantinerie et Barde y Bonnecase, principalmente, lugares citados].

## TÍTULO SEGUNDO

# SISTEMAS DE NUESTROS CODIGOS CIVILES

### CAPÍTULO PRIMERO

### *El código de 1870*

1213. *La obligación del incapaz.* "Artículo 1818. Es nula la fianza que recae sobre una obligación que no es civilmente válida." La suerte de la fianza está, pues, íntimamente ligada a la de la obligación a la que se adhiere [Baudry-Lacantinerie et Wahl, tomo XXIV, núm. 943].

"Artículo 1819. Se exceptúa de lo dispuesto en el artículo anterior, el caso en que la nulidad proceda de incapacidad personal del deudor; con tal de que el fiador haya tenido conocimiento de la incapacidad al tiempo de obligarse y de que la obligación principal sea válida a lo menos naturalmente." Esta obligación será natural cuando el que la haya contraído tenga un juicio y un discernimiento suficiente para contratar, aunque por la ley civil sea inhábil [Pothier, *Obligations*, t. I, núm. 192; Aubry et Rau, t. IV, párrafo 297, pág. 5; Demolombe, t. IV, núms. 35-37; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 1660].

"Artículo 1820. En el caso del artículo que precede, la fianza subsistirá aun cuando el deudor principal haga rescindir su obligación." Lo cual se explica diciendo que subsiste la obligación del incapaz con el carácter de natural [Planiol, t. II, núm. 2332] y que esta obligación es la que sirve de sostén a la fianza [Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. XXIV, núm. 946].

"Artículo 1840. El fiador tiene derecho de oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal; mas no las que sean personales del deudor." Este artículo concuerda con el 1819 del mismo código. La ley supone que el fiador garantiza con su fianza la deuda de un incapaz, entendiendo precisamente garantizar al acreedor contra el riesgo al cual lo expone la incapacidad del deudor [Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. XXIV, número 945, pág. 505; Planiol, t. II, núm. 2376].

1214. *La deuda de juego.* "Artículo 2900. La ley no concede acción alguna para reclamar una deuda contraída en juego prohibido." "Artículo

2902. Las deudas contraídas en juego lícito sólo podrán demandarse en juicio, si no excedieren de la cantidad de cien pesos." "Artículo 2904. El que ha perdido en un juego, no puede repetir lo que ha pagado voluntariamente, a no ser: 1º En caso de dolo o de fraude de la otra parte; o en cualquiera otro caso en que el contrato no debiera producir efecto según las reglas generales; 2º Cuando la cantidad o cosa que se pagó se hubiere perdido en juego prohibido." Tratando Demolombe de la deuda de juego se expresa así: "El carácter de la deuda de juego o de la deuda que resulta de una apuesta, siempre ha sido, por alto que se remonte uno en la historia del Derecho, muy diversamente apreciado, sea por los jurisconsultos y los legisladores, sea por los teólogos y los moralistas. Tres sistemas principales están en presencia: Uno considera que, en todo caso, esta deuda tiene una causa ilícita... Otro sistema, al contrario, considera que, en todo caso, la deuda de juego constituye una obligación natural; tal era principalmente la doctrina de Pothier, menos severa, en esto, que la mayor parte de los teólogos de su tiempo... En fin, según un sistema intermedio, hay que distinguir entre el gran juego o el juego prohibido, que se propone un fin de especulación, y el pequeño juego, al cual se entrega uno por diversión; la deuda que es ilícita en el primer caso, es, al contrario, lícita y natural en el segundo caso. ¿Cuál de estas tres teorías ha prevalecido en nuestro código?" [t. IV, núm. 44]. Nosotros podemos contestar a esta pregunta diciendo que una teoría semejante a la tercera es la que prevaleció en el código de 1870, como se ve por los artículos preinsertos.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### *El código de 1884*

1215. *La obligación del incapaz.* Este código, en su artículo 1705, reprodujo el artículo 1818 del código anterior, suprimiendo las palabras "que no es civilmente válida y suprimió íntegramente los antiguos artículos 1819 y 1820. La razón de esta reforma se encuentra en los Datos de Macedo [pág. 86], consignada en estos términos: "No reconociéndose en nuestra legislación de una manera expresa la división de las obligaciones en civiles y naturales, y por lo mismo no definiéndose ni unas ni otras, se reformó el artículo refiriéndose tan sólo a obligaciones válidas, sin agregar que la validez sea civil o natural, pues para la ley civil no puede haber obligaciones válidas de diversas clases, sino válidas o no válidas. Para que este artículo y los 1819 y 1820 *a* hubieran subsistido habría sido necesario definir la validez civil y la natural, distinción que no pareció conveniente aceptar por vaga y expuesta a dudas. Véase Goyena, Comentario al artículo 1025, Proyecto de Código Español."

El artículo 1840 del código anterior se repitió textualmente en el artículo 1724 del código de 1884; pero con otro espíritu, supuesto que la



intención del legislador fue suprimir el grado de obligaciones naturales, como acabamos de ver. A este respecto, hay que advertir, como lo hace Colin y Capitant [t. II, núm. 279, págs. 269-270] que hay que darse cuenta de que la obligación del incapaz, mientras la nulidad no se ha opuesto o demandado, no es una obligación natural, sino una obligación civil. Solamente después de que se hubiera pronunciado la nulidad de su obligación, sería cuando el deudor estaría sujeto a una obligación natural; pero a partir de este momento el artículo 1724 citado cesaría de ser aplicable y un tercero no podría constituirse fiador por aquél.

1216. *La deuda de juego.* El código de 1884, en sus artículos 2772, 2774 y 2776, repite textualmente los artículos 2900, 2902 y 2904 del código de 1870. El que no se pueda repetir lo pagado voluntariamente puede considerarse como que el legislador, queriendo suprimir el grado de obligaciones naturales, inadvertidamente, sin embargo, dejó un caso de obligación de esa especie, tratándose de deuda de juego.

## CAPÍTULO TERCERO

### *El código de 1928*

1217. *La obligación del incapaz.* El artículo 2812 del código vigente está concebido en los mismos términos que el artículo 1840 del código civil de 1870, cuyo texto hemos transcrito en el número 1213. Creemos que el citado artículo 2812 reconoce, lo mismo que su antecesor, que la obligación del incapaz es una obligación natural.

1218. *La deuda de juego.* Nuestro código vigente considera al juego, cuando es prohibido, como acto ilícito, y cuando no está prohibido, como productor de una obligación civil de pagar dentro de cierto límite [artículos 2764 y 2767]. No hay en este caso obligación natural [ver Manresa, tomo XII, pág. 54].

1219. *Texto nuevo.* "Artículo 1894. El que ha pagado para cumplir una deuda prescrita o para cumplir un deber moral no tiene derecho de repetir." Este artículo concuerda con la segunda parte del artículo 63 del código (suizo) de las obligaciones.

El mismo artículo considera a la obligación natural como obligación imperfecta, fundada, por regla general, en un deber moral, como lo vamos a ver en los comentarios que damos a conocer en el título siguiente.

## Título tercero

## DERECHO SUIZO

1220. *Texto legal.* "Lo que ha sido pagado para satisfacer una deuda prescrita o para cumplir un deber moral no puede ser repetido" [artículo 63, 2ª parte].

1221. *Comentario de Schneider y Fick.* Estos autores señalan como concordantes del citado artículo 63 los artículo 222 y 814 del código civil alemán [t. I, pág. 179] y en la introducción de su libro, nota número 3, se expresan así: "Se distinguen las obligaciones civiles y las obligaciones naturales. Estas son mucho menos importantes que las primeras. Sólo las obligaciones civiles dan lugar a una acción judicial, mientras que las obligaciones morales están desprovistas de toda sanción jurídica; sin embargo, no son nulas. El C. O. no las menciona expresamente; sin embargo, ocasionalmente reconoce su existencia en el artículo 63, párrafo 2 (deuda prescrita y deber moral)."

1222. *Comentario de von Tuhr.* Este autor, en el tomo I de su obra, dice: "Existen obligaciones cuya ejecución, por razones especiales, no puede obtenerse por una acción y por un procedimiento judicial. Se les llama frecuentemente, tomando una expresión sacada del latín, obligaciones naturales. No siendo inteligible esta expresión sino por la evolución del Derecho romano y conociendo el Derecho actual otros casos de créditos desprovistos de acción, además de los que los romanos preveían, es preferible servirse de un término diferente y hablar de obligaciones imperfectas. Los casos son muy diferentes, tanto en lo que concierne a la causa que ha inducido al legislador a consagrar esta imperfección cuanto en lo que toca a su naturaleza jurídica [pág. 28]... No imponiendo la ley al individuo sino la coacción indispensable para la vida en sociedad, puede haber deberes morales que pasan de lo que es estrictamente exigible, por ejemplo un deber de asistencia entre parientes próximos, que sale de los límites fijados por el artículo 328. Como la ejecución de los deberes morales no puede obtenerse por la fuerza, por los medios de coacción de que dispone el Estado, esos deberes parecen estar enteramente fuera del orden jurídico. Pero la ley tiene en cuenta esos deberes por dos conceptos: aquel que, creyendo



por error ejecutar una obligación jurídica, cumple un deber moral, no puede reclamar su prestación, artículo 63, II; además, el artículo 239, III, dispone que el cumplimiento de un deber moral no constituye una donación. Resulta de estos dos criterios que el deber moral aparece como una obligación imperfecta, puesto que es ejecutable en el sentido jurídico [pág. 29]... En caso de prescripción, el acreedor tampoco puede obtener por la fuerza la prestación, una excepción perentoria amenaza a su pretensión. Pero cuando una deuda sometida a una excepción perentoria prácticamente está considerada como inexistente (als Nichtschuld), el artículo 63, II, dice que el pago, efectuado por error, de una deuda prescrita no puede repetirse y considera el pago de una deuda que uno sabe que está prescrita no como una donación, sino como una ejecución. La deuda prescrita subsiste, pues, como obligación imperfecta; el hecho de que está desprovista de acción reposa, contrariamente a los casos indicados antes, sobre una excepción que debe suscitarse por el deudor, artículo 142, y a la cual se puede renunciar después de la expiración del plazo de prescripción, artículo 141. La excepción de prescripción no es obstáculo sino para el ejercicio del crédito, pero no para el derecho de prenda que garantiza el crédito, artículo 140, ni para la excepción que deriva del crédito [pág. 30]... El artículo 63, II, excluye la repetición en caso de ejecución de una obligación prescrita o de un deber moral. No hay lugar a restitución, aun cuando el que se haya enriquecido ignorara que podía oponer la excepción de prescripción o si considerara por error el deber moral como una obligación sujeta a ejecución forzada. La ley admite, pues, que si las deudas prescritas y los deberes morales no pueden dar lugar a una acción judicial, pueden al menos cumplirse válidamente; son lo que en derecho común se llamaba obligaciones naturales" [pág. 375].

1223. *Comentario de Rossel.* "La obligación civil procura al acreedor el beneficio de una acción; en cuanto a las obligaciones civiles imperfectas,, a las obligaciones simplemente morales que impropiamente se han designado con el nombre de obligaciones naturales [véase art. 63, párrafo 2, 239, párrafo 3], son vínculos jurídicos que sin conferir al acreedor el derecho de recurrir a las vías legales de ejecución, engendran al menos una excepción en su provecho en cuanto a que no dan lugar a repetición alguna cuando el deudor ha pagado [t. I, núm. 21, págs. 25-26]... Las obligaciones previstas en el artículo 63, párrafo II, son obligaciones naturales, que no engendran acción civil contra el deudor; sin embargo, una vez ejecutadas, no dan lugar a repetición. Nuestra ley menciona como tales las deudas prescritas y no todas las otras obligaciones naturales, sino sólo aquellas que suponen el cumplimiento de un deber moral [compárese el artículo 239, párrafo III; véase también el 513 y los siguientes] como prestaciones alimenticias para con los parientes que, no pudiendo pretender esas prestaciones por la ley, tendrían derecho a ellas; sin embargo, según los principios de la moral, etc." [t. I, núm. 158, págs. 121-122].

*LIBRO QUINTO*

# *LA TRASMISION DE LAS OBLIGACIONES*

## TÍTULO PRIMERO

## LA CESION DE DERECHOS

1224. *Tabla A*

C. a. 1420.—C. P. 703.—G. 1028.—C. v. 2030.
" " 1621.—C. P. 785.—C. v. 2029 y 2030.
" " 1622.—C. P. 785.—C. v. 2276.
" " 1623.—C. P. 785.
" " 1624.—C. P. 786.—C. N. 1699.—G. 1466.
" " 1625.—C. P. 786.—G. 1467.—C. N. 1701.
" " 1626.—C. P. 787.
" " 1627.—C. N. 1700.—C. P. 788.
" " 1628.—C. N. 1689.
" " 1629.—C. v. 2033.
" " 1630.—C. v. 2035.
" " 1631.—C. P. 789.—C. N. 1690.—C. v. 2036.
" " 1632.—C. v. 2037.
" " 1633.—C. N. 1690.—C. v. 2038.
" " 1634.—C. N. 1691.—C. v. 2040.
" " 1635.—C. v. 2041.
" " 1637.—C. P. 792.—C. N. 1690.—C. v. 2034.
" " 1638.—C. P. 793.—C. N. 1692.—G. 1459.—C. v. 2032.
" " 1639.—C. v. 2035.
" " 1640.—G. 1460.—C. P. 794.—G. N. 1693.—C. v. 2042.
" " 1641.—G. 1460.—C. P. 794.—C. N. 1694.—C. v. 2043.
" " 1642.—C. P. 795.—G. 1461.—C. v. 2044.
" " 1643.—G. 1461.—C. P. 795, párrafo único.—C. v. 2045.
" " 1644.—G. 1463.—C. v. 2046.
" " 1645.—G. 1462.—C. N. 1696.—C. v. 2047.
" " 1646.—G. 1464.—C. N. 1697.—C. v. 2048.
" " 1647.—G. 1465.—C. N. 1698.—C. v. 2049.

1225. *Tabla B*

C. v. 2029.—C. Arg. 1434.
" " 2030.—C. O. 164.—C. a. 1621 y 1420
" " 2031.—C. Arg. 1435, 1436 y 1437.
" " 2032.—C. E. 1528.—C. O. 170.
" " 2033.—C. a. 1629.
" " 2034.—C. E. 1526, 1218 y 1227.—C. a. 1637.
" " 2035.—C. O. 169.—C. a. 1639 y 1630.
" " 2036.—C. a. 1631.
" " 2037.—C. a. 1632.
" " 2038.—C. a. 1633.
" " 2040.—C. a. 1634.
" " 2041.—C. a. 1635.
" " 2042.—C. a. 1640.
" " 2043.—C. a. 1641.
" " 2044.—C. a. 1642.
" " 2045.—C. a. 1643.
" " 2046.—C. a. 1644.
" " 2047.—C. a. 1645.
" " 2048.—C. a. 1646.
" " 2049.—C. a. 1647.
" " 2050.—C. O. 171.

1226. BIBLIOGRAFIA. CUNHA GONÇALVES, vol. IV, núm. 556, págs. 488 y 490 y vol. V, núms. 629-635; ALVES MOREIRA, vol. II, núms. 50-56; DIAS FERREIRA, vol. II, págs. 97-105; GARCÍA GOYENA: *Comentarios a los artículos 1459 y siguientes del proyecto de Código español;* COLMO, núms. 1022-1089; SALVAT: *Obligaciones,* núms. 2045-2050; LAFAILLE: *Obligaciones,* t. I, núms. 300-381; el mismo autor: *Contratos,* t. II, núms. 225-260; TUHR, vol. II, párrafos 93-99; ROSSEL, t. I, núms. 334-353; SCHNEIDER et FICK, t. I, p. 259-309; PLANIOL, t. II, núms. 389-391, 1603-1657; BAUDRY-LACANTINERIE et SAINNAT: *De la Vente (Traité Théorique et Pratique de Droit Civil,* t. XIX), núms. 748-966; PLANIOL, RIPERT, HAMEL et PERREAU: *Contrats Civils (Traité Pratique de Droit Civil Français,* t. X), núms. 307-360; COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 372-389; JOSSERAND, t. II, núms. 802-826; HÉMARD, t. II, núms. 1675-1699; GAUDEMET, págs. 449-461; LAURENT, t. XXIV, núms. 461-610; AUBRY et RAU, t. IV, párrafos 359, 359 bis, 359 ter, 359 quater, págs. 419-458; BONNECASE: *Précis,* t. II, núms. 525-535; GUILLOUARD: *Traité de la Vente,* t. II, núms. 737-911; LÉVY-ULLMANN, págs. 43-44; MANRESA, t. X: *Comentarios a los arts. 1526 a 1537 del Código civil español;* DIEGO: *Trasmisión de las Obligaciones,* páginas 5-9, 37-43, 101-123, 141-204, 257-261; VALVERDE, t. III, págs. 141-143 y 362-366; GIORGI, t. VI, núms. 50-333; CATTANEO y BORDA: *Código civil anotado, artículo 1538, comentario número 1 y artículo 1540, comentario número 22;* MAYNZ, t. II, núm. 190, nota 15.

## INTRODUCCION

1227. *Códigos extranjeros.* El código portugués se ocupa de la cesión entre los medios de extinción de las obligaciones. Los códigos francés, español e italiano regulan la cesión de derechos refiriéndose al contrato de venta. El código argentino tiene un título denominado "Cesión de Créditos", colocado entre el título de la compraventa y el de la permuta, considerando a la cesión como un contrato especial. El código (suizo) de las obligaciones dedica a la cesión de los créditos el último título de las disposiciones generales, antes de reglamentar las diversas especies de contratos.

1228. *Nuestros códigos.* El código de 1884 impropiamente trata de la cesión de derechos bajo el nombre de cesión de acciones, en el título "De la extinción de las obligaciones", no obstante que, como veremos después, la cesión no es caso de extinción de obligaciones. El código de 1928, procediendo mejor, coloca el capítulo "De la cesión de derechos" en el título "De la trasmisión de las obligaciones".

### SUBTÍTULO PRIMERO

## LA CESION DE CREDITOS

### CAPÍTULO PRIMERO

### *Generalidades*

1229. *Nociones.* La cesión de crédito es un contrato por el cual el acreedor, que se llama cedente, trasmite los derechos que tiene en contra de su deudor a un tercero, que se llama cesionario [Planiol, t. II, número 1603; Cunha Gonçalves, vol. V, núm. 629, pág. 56].

La palabra cesión designa también a la trasmisión del crédito [Alves Moreira, núm. 52] y entonces hay que distinguir esta trasmisión de sus orígenes [Cunha Gonçalves, vol. V, núm. 633, pág. 75] como veremos en el párrafo siguiente.

Por la cesión, el acreedor es sustituido por el adquirente del crédito; pero queda subsistiendo el crédito mismo [Alves Moreira, vol. II, nú-

mero, 50, pág. 183; Cunha Gonçalves, vol. IV, núm. 556, pág. 488; Salvat, núm. 2045, pág. 821] contra el sujeto pasivo sin alterarse la obligación [V. Colmo, núm. 1024, pág. 713].

1230. *Elementos según nuestros códigos.* Código de 1884. "Artículo 1621. El acreedor puede trasmitir a otro su derecho por título gratuito u oneroso independientemente del consentimiento del deudor." Código de 1928. "Artículo 2029. Habrá cesión de derechos cuando el acreedor transfiere a otro los que tenga contra su deudor." "Artículo 2030. El acreedor puede ceder su derecho a un tercero sin el consentimiento del deudor..."

1231. *Carácter variable de la operación.* La cesión de crédito tiene el carácter de venta si se hace por un precio cierto y en dinero, el de permuta si se efectúa a cambio de una cosa, el de donación si se realiza gratuitamente" [Planiol, t. II, núm. 1605; Cunha Gonçalves, vol. V, núm. 629, pág. 56; Lafaille, *Curso de Obligaciones*, t. I, núm. 326, pág. 173, etc.]. "En lo único que difieren la venta, la permuta y la donación, por una parte, y la cesión de crédito por la otra, es con respecto al objeto; en un supuesto se trata de cosas y en otro de bienes incorporales" [Lafaille, *Curso de Obligaciones*, t. I, núm. 326, pág. 174]. Por esta razón, de acuerdo con lo que previene el artículo 2031 del código de 1928, en la cesión de crédito se observarán las disposiciones relativas al acto jurídico que le dé origen, en lo que no estuvieren modificadas en el capítulo sobre la cesión de derechos [en este sentido, Lafaille, *Curso de Obligaciones*, t. I, núm. 331 y *Curso de Contratos*, t. II, núm. 233]. Así pues, si un acreedor trasmite su derecho a otra persona por un precio cierto y en dinero, el contrato será de compraventa, según las definiciones de la compraventa consignadas en nuestros códigos [arts. 2811 del código de 1884 y 2248 del código de 1928] y por lo mismo se observarán las disposiciones relativas al repetido contrato; pero sólo en lo que no estuvieren modificadas por las prevenciones legales de la cesión de derechos, pues el contrato tiene también este carácter por las definiciones de los artículos 1621 del código de 1884 y 2029 del código de 1928.

1232. *Utilidad de la cesión.* "Esta operación muy frecuente en la práctica, ofrece intereses múltiples. 1º Para el cedente. Desde luego, permite a un acreedor a plazo, que nada podría reclamar a su deudor, percibir en seguida el monto de su crédito cediéndolo: lo realiza inmediatamente, con deducción de los intereses. Puede aun pagar a su propio acreedor, cediéndole su deudor; su crédito es un valor que da en pago. 2º Para el cesionario. Comprar un crédito es a menudo un medio de colocar ventajosamente su dinero. Se puede adquirir una hipoteca en buen lugar, que no se obtendría por una constitución nueva." [Planiol, t. II, núm. 1607].

1233. *Trasmisión total o parcial.* En principio se pueden ceder todos los créditos [art. 1621 del código de 1884 y 2039 del código de 1928].



Además, el acreedor puede ceder a dos personas diferentes partes alícuotas del mismo crédito [Baudry-Lacantinerie et Saignat, *ob. cit.*, t. XIX, número 854; Repertoire, Carpentier, t. IX, núms. 492-495; Cunha Gonçalves, vol. V, núm. 631, pág. 71] o puede ceder una parte del crédito reservándose la otra [Aubry et Rau, t. IV, párrafo 359 *bis*, texto y notas 7 y 8; Planiol, Ripert, Esmein, Radouant et Gabolde, t. VII, núm. 1127].

## CAPÍTULO SEGUNDO

### *Créditos incedibles*

1234. *Código de 1884.* Según el artículo 1420 "los derechos que resultan de los contratos pueden ser trasmitidos entre vivos si no son puramente personales por su naturaleza, por efecto del mismo contrato o por disposición de la ley".

"Para determinar si un crédito es intrasmisible por cesión, por su propia naturaleza, debe verificarse si fue o no constituido en provecho exclusivo del acreedor, teniendo por fin la satisfacción de sus necesidades personales" [Alves Moreira, vol. II, núm. 53, pág. 186]. Tal es el derecho de exigir alimentos. "Siendo los alimentos debidos por causa de necesidad invocada por el que debe recibirlos, no puede éste cambiar el destino de las respectivas prestaciones; el derecho a la existencia no puede ser enajenado; y, por eso, los alimentos no pueden ser objeto de cesión..." [Cunha Gonçalves, vol. II, núm. 220, pág. 446. Véase art. 2833 del código de 1884.]

"En virtud de una cláusula contractual puede el acreedor quedar impedido de trasmitir su crédito por acto entre vivos sin consentimiento del deudor... La verdad... es que aunque una relación de crédito se caracteriza por su objeto, éste no puede dejar de considerarse en relación con los sujetos de esa relación y, por el propio título en virtud del cual el crédito se constituye, éste puede quedar teniendo un carácter personal" [Alves Moreira, vol. II, núm. 53, pág. 187].

1235. *Código de 1928.* Según el artículo 2039 el acreedor puede ceder su derecho "a menos que la cesión esté prohibida por la ley, se haya convenido no hacerla o no lo permita la naturaleza del derecho. El deudor no puede alegar contra el tercero que el derecho no podía cederse porque así se había convenido, cuando ese convenio no conste en el título constitutivo del derecho".

Por virtud de prohibición de la ley: no puede cederse el derecho de preferencia por el tanto, del cual goza el vendedor en el caso de que el comprador quisiere vender la cosa que fue objeto del contrato de compraventa, si así se ha estipulado [art. 2303 del mismo código]: el arrendatario no puede ceder sus derechos sin el consentimiento del arrendador [art. 2480 del mismo código]: el comodatario no puede ceder su derecho a usar la

cosa que ha recibido en comodato sin permiso del comodante [art. 2506 del repetido código; Tuhr, t. II, párrafo 94, págs. 728-729].

"Las partes son libres de restringir según sus conveniencias el objeto de una obligación y, en particular, prohibir al acreedor ceder su crédito y exponer así al deudor a los inconvenientes (y a la agravación de su obligación) que quizá traería para él un cambio de acreedor. En lugar de prohibir absolutamente la cesión, las partes pueden hacerla más difícil o aportar a ella ciertas restricciones; así son libres sea de prohibir al acreedor ceder su crédito durante cierto tiempo o a ciertas personas, sea subordinar la validez de la cesión a un aviso dado al deudor o al consentimiento de éste" [Tuhr, t. II, párrafo 94, pág. 731].

"La cesión está excluida por la naturaleza de la relación jurídica cuando para poder entregarse al cesionario el objeto de la prestación deba sufrir una modificación o cuando la cesión impida alcanzar el fin del crédito o lo comprometa. Por ejemplo... produciría una modificación del objeto del crédito (la cesión) ... del derecho del mandante a la ejecución del mandato, porque el negocio del cual ha aceptado encargarse el mandatario sería otro si tuviera que ocuparse de él por cuenta de un cesionario" [Tuhr, t. II, párrafo 94, pág. 729].

Si un crédito es incedible, la cesión no produce efecto alguno no solamente respecto del deudor, sino igualmente respecto de las partes contratantes (el cedente y el cesionario) y de los terceros. El crédito queda de propiedad del cedente y puede ser embargado por sus acreedores" [Tuhr, t. II, párrafo 94, pág. 731, al final].

## CAPÍTULO TERCERO

## *Efectos de la cesión*

## SECCION 1ª EFECTOS ENTRE EL CEDENTE Y EL CESIONARIO

### I. Formalidades

1236. *Escrito privado o escritura pública.* Código de 1884. "Artículo 1629. Es nula la cesión de acciones si no se hace por escrito privado cuando el valor del derecho cedido no excede de quinientos pesos, o por escritura pública cuando excede de dicha suma, o cuando conforme a la ley deba constar por escritura pública el derecho cedido." Código de 1928. "Artículo 2033. La cesión de créditos civiles... puede hacerse en escrito privado que firmarán cedente, cesionario y dos testigos. Sólo cuando la ley exija que el título del crédito cedido conste en escritura pública, la cesión deberá hacerse en esta clase de documento."

La omisión de las formalidades legales mencionadas produce la nulidad del contrato [véase este libro, núms. 290 y 294].



1237. *Entrega del título.* El código de 1884, en su artículo 1628, establece lo siguiente: "Para que el derecho cedido pase al cesionario, es requisito indispensable la entrega del título en que se funde el crédito, cuando conforme a la ley sea necesario el título para la validez del crédito, o cuando, sin serlo, se hubiere extendido." Este artículo debemos considerarlo como un trasunto del Derecho romano, en donde un medio de transmitir la propiedad era la *traditio*, la entrega de la cosa [véase el núm. 156 de este libro]. Cuando el título es un documento privado puede entregarse materialmente el título por el cedente al cesionario, con lo cual se logra prácticamente que el primero no pueda ya ejercitar su acción en contra del deudor y que sí lo pueda hacer el cesionario. Pero, ¿qué decir del caso en que el título sea una escritura pública? Entonces el título consta en el protocolo en unión de otras escrituras [véase el núm. 310 de este libro], y como el notario debe conservar en su poder el protocolo, no puede entregar la escritura misma al cedente. En consecuencia, éste se encuentra en la imposibilidad material de hacer entrega del título del crédito al cesionario. Lo único que puede tener el cedente es una copia, o sea, un testimonio de la escritura [véase el núm. 322 de este libro] y es lo que puede entregar al cesionario; en la práctica es lo que le entrega y lo que se supone que debe entregarle para la validez de la cesión. Esta es la opinión corriente, pero a mí me parece que el legislador al establecer el requisito de la entrega del título lo hace con el fin de poner al cesionario en condiciones de que ya el cedente no pueda disponer de su crédito trasmitiéndolo a otro o recibiendo el pago del deudor. Si ésta es la razón del precepto, como lo supongo, la entrega de la copia del título no impide que el cedente obtenga otra copia [véase el núm. 323 de este libro] y con ella cobre al deudor o ceda el crédito. Por esta razón considero que el artículo 1628, transcrito antes, en realidad sólo tiene aplicación en el caso de que el título sea un documento privado susceptible de entregarse materialmente al cesionario.

El requisito de la entrega del título para la validez de la cesión no ha sido reproducido por el código de 1928.

### II. Extensión

1238. *Derechos que se trasmiten.* Dice el artículo 1638 del código de 1884 que el crédito cedido pasa al cesionario con todos sus derechos, sean de la clase que fueren; no habiendo pacto expreso en contrario. Así pues, el cesionario adquiere no sólo el crédito mismo, es decir, los derechos principales, sino sus accesorios como son la fianza la prenda y la hipoteca con que el crédito esté garantizado, así como sus privilegios que deriven de la naturaleza del crédito; pero no los privilegios inherentes a la persona del cedente [Cunha Gonçalves, vol. V, núm. 633, pág. 77].

El código de 1928 establece lo mismo diciendo: "La cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio, salvo aquellos que son inseparables de la persona del cedente. Los intereses vencidos se presume que fueron cedidos con el crédito principal" [art. 2032].

## III. Evicción y saneamiento

### A. *Garantía de Derecho*

1239. *Existencia y legitimidad del crédito.* Según el artículo 1640 del código de 1884: "El cedente está obligado a garantizar la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la cesión, a no ser que aquél se haya cedido con el carácter de dudoso." El artículo 2042 del código de 1928 a su vez establece que: "El cedente está obligado a garantir la existencia o legitimidad del crédito al tiempo de hacerse la cesión, a no ser que aquél se haya cedido con el carácter de dudoso."

Cunha Gonçalves [vol. V, núm. 634, pág. 81] y Alves Moreira [vol. II, núm. 56, págs. 197-198] exponen lo que debe entenderse por existencia y legitimidad del crédito. Su exposición concuerda sustancialmente con la de Baudry-Lacantinerie et Saignat *[ob. cit.*, núm. 818], quienes, comentando el artículo 1693 del Código Napoleón, que sólo menciona el requisito de existencia del crédito, se expresan así: "En resumen, la obligación que el artículo 1693 impone al cedente de garantir la existencia del crédito lo sujeta a garantizar: 1º que el crédito que cede existe en el momento de la cesión; 2º que es propietario del crédito; 3º que el crédito no está atacado de algún vicio por el que pueda ser anulado; 4º que no ha concedido sobre el crédito ningún derecho que pueda impedir la completa trasmisión del mismo al cesionario."

1240. *Evicción.* La obligación que establecen los artículos insertos en el número anterior corresponde a la de prestar la evicción que imponen al enajenante los artículos 1488 y siguientes del código de 1884 y 2119 y siguientes del código de 1928. Por esto las disposiciones que se acaban de citar constituyen derecho subsidiario en materia de cesión [Cunha Gonçalves, vol. V, núm. 634, pág. 80; Baudry-Lacantinerie et Saignat, *ob cit.*, núms. 824 y 825].

1241. *Solvencia del deudor.* El cedente no está obligado a garantir la solvencia del deudor, a no ser que la insolvencia sea pública y anterior a la cesión [arts. 1641 del código de 1884 y 2043 del código de 1928]. En este caso se presume *juris et de jure* que lo sabía el deudor, habrá dolo por parte de él y las leyes no favorecen a los dolosos [García Goyena, *comentario a los artículos 1136 y 1460 del proyecto de Código español*].



1242. *Cesión en globo.* El que cede alzadamente o en globo la totalidad de ciertos derechos, cumple con responder de la legitimidad del todo en general; pero no está obligado al saneamiento de cada una de las partes, salvo en el caso de evicción del todo o de la mayor parte [arts. 1644 del código de 1884 y 2046 del código de 1928].

1243. *Cesión gratuita.* La garantía de que hemos tratado es propia de las cesiones a título oneroso. Aunque el código de 1884 no lo ha declarado así, esa garantía no procede en las cesiones a título gratuito, porque el cedente, no habiendo recibido nada del cesionario, no está obligado a prestar la evicción [en este sentido Cunha Gonçalves, vol. V, núm. 634, páginas 80-81]. El código de 1928 sí hace la distinción indicada en estos términos: Si la cesión fuere gratuita, el cedente no será responsable para con el cesionario, ni por la existencia del crédito, ni por la solvencia del deudor [artículo 2050].

### B. *Garantía convencional*

1244. *Elemento natural.* La garantía, tal como está reglamentada por la ley, es sólo un elemento natural de la cesión; sus preceptos no son de orden público y en consecuencia pueden modificarse convencionalmente [Planiol, t. II, núm. 1631; Cunha Gonçalves, vol. V, núm. 634, pág. 82; Alves Moreira, núm. 56, pág. 198].

1245. *Cláusulas restrictivas.* El cedente no será, pues, responsable de indemnización de daños y perjuicios cuando expresa o tácitamente haya excluído la garantía al celebrar el contrato de cesión [en este sentido Cunha Gonçalves, vol. V, núm. 634, pág. 82].

1246. *Cláusulas extensivas.* El cedente está obligado a garantizar la solvencia del deudor cuando así se haya estipulado expresamente [arts. 1641 del código de 1884 y 2043 del código de 1928].

"Si el cedente se hubiere hecho responsable de la solvencia del deudor y no se fijare el tiempo que esta responsabilidad deba durar, se limitará a un año contado desde la fecha en que la deuda fuere exigible, si estuviere vencida; si no lo estuviere se contará desde la fecha del vencimiento" [arts. 1642 del código de 1884 y 2044 del código de 1928].

## SECCION 2ª EFECTOS ENTRE EL CESIONARIO Y EL DEUDOR

1247. *Excepciones oponibles al cesionario.* "El crédito pasa al cesionario tal como el cedente lo poseía." [Planiol, t. II, núm. 1610.] "El cesionario en ningún caso podrá tener mayores derechos que el cedente"

[art. 1639 del Código de 1884]. El deudor puede oponer al cesionario las excepciones que podría oponer al cedente en el momento en que se hace la cesión [art. 2035 del código de 1928].

1248. *Notificación.* Para que el cesionario pueda ejercitar sus derechos contra el deudor deberá hacer a éste la notificación respectiva (es decir, de la cesión) ya sea judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante dos testigos o ante notario [arts. 1631 del código de 1884 y 2036 del código de 1928]. Nótese que según nuestros códigos es el cesionario el que debe hacer la notificación ante los testigos o ante el notario. Sin embargo, el artículo 79 de la Ley del Notariado vigente para el Distrito y Territorios Federales previene lo siguiente: "Las notificaciones que la ley permita hacer por medio de Notario, o que no estén expresamente reservadas a otros funcionarios, podrá hacerlas el Notario por medio de instructivo que contenga la relación sucinta del objeto de la notificación, siempre que a la primera busca no se encuentre a la persona que deba ser notificada; pero cerciorándose previamente de que dicha persona tiene su domicilio en la casa donde se le busca y haciéndose constar en el acta el nombre de la persona que recibe el instructivo."

Sólo tiene derecho para pedir o hacer la notificación, el acreedor que presente el título justificativo del crédito o el de la cesión cuando aquél no sea necesario [arts. 1632 del código de 1884 y 2037 del código de 1928]. Así es que aunque el código vigente no exige que el cedente entregue al cesionario el título para la validez de la cesión [véase núm. 1237 de este libro], el cesionario debe tener en su poder el título, cuando sea necesario, para hacer la notificación al deudor.

Si el deudor está presente a la cesión y no se opone a ella o si estando ausente la ha aceptado, y esto se prueba, se tendrá por hecha la notificación [art. 2038 del código de 1928 y art. 1633 del código de 1884].

1249. *Conflicto entre cesionarios.* Entre dos cesionarios del mismo crédito prevalece aquel que primero ha hecho la notificación o ha aceptado la cesión [Baudry-Lacantinerie et Saignat, *ob. cit.*, núm. 853]. De acuerdo con este criterio el código de 1928 en su artículo 2039 establece que: "Si el crédito se ha cedido a varios cesionarios, tiene preferencia el que primero ha notificado la cesión al deudor, salvo lo dispuesto para títulos que deban registrarse."

1250. *Pago.* "Hecho la notificación, no se libra el deudor sino pagando al cesionario", dice el artículo 2041 del código de 1928. El código de 1884 agregaba al precepto estas palabras: "que le presente el título". El mismo código anterior contiene el artículo 1636 del tenor siguiente: "Si el título se ha extraviado, el acreedor tiene derecho de probar su existencia; y la confesión del deudor o el fallo judicial servirán de nuevo título."



## SECCION 3ª EFECTOS ENTRE EL CEDENTE Y EL DEUDOR

1251. *Pago.* "Mientras no se haya hecho notificación al deudor, éste se libra pagando al acreedor primitivo [art. 2040 del código de 1928 y art. 1634 del código de 1884] y este acreedor aún puede exigir el pago al deudor" [Baudry-Lacantinerie et Saignat, *obt. cit.*, núm. 852; Planiol, t. II, núm. 1624].

## SECCION 4ª EFECTOS CONTRA TERCEROS

### I. SISTEMA DEL CÓDIGO DE 1884

1252. *La regla.* Mientras no se ha hecho la notificación al deudor [arts. 1631 y 1633] la cesión no tiene existencia jurídica en relación a los terceros [Alves Moreira, vol. II, núm. 55, pág. 192; Laurent, t. XXIV, núm. 507, pág. 500], es ineficaz [Bonnecase, *Précis*, t. II, núm. 533], es inoponible a ellos [Hémard, t. II, núm. 1682]. El cedente sigue siendo titular del crédito cedido y al cesionario no se reputa acreedor [Planiol, t. II, núm. 1623].

Desde que se hace la notificación al deudor en las condiciones exigidas por la ley, la cesión produce todos sus efectos con relación a los terceros [Alves Moreira, vol., II, núm. 55, pág. 194; Bonnecase, *Précis*, t. II, número 533; Planiol, t. II, núm. 1625]

1253. *Aplicación.* "Los acreedores del cedente podrán ejercitar sus derechos con respecto a la deuda seguida, siempre que no se haga la notificación en los términos legales" [art. 1637], supuesto que, según acabamos de ver, mientras no se hace la notificación se reputa que el crédito no ha salido del patrimonio del cedente.

1254. *Papel de la notificación.* "En el derecho moderno, la notificación o conocimiento de la cesión representa principalmente una condición de publicidad, entendiendo el legislador que los interesados en el crédito cedido se dirigirán al deudor cuando sobre él pretendan ejercer algún derecho o realizar cualquier contrato y que así los derechos de los terceros, y designadamente los del deudor, que es sin duda alguna el más interesado, quedan debidamente garantizados" [Alves Moreira, vol. II, núm. 55, página 193. En este sentido podemos citar a Baudry-Lacantinerie et Saignat, núm. 767; Colin et Capitant, t. II, núm. 378; Josserand, t. II, núm. 818 y siguientes; Bonnecase, *Précis*, t. II, núms. 531; Laurent, t. XXIV, número 482].

Por otra parte, Cunha Gonçalves expone su punto de vista en estos términos: "A mi modo de ver... La notificación hecha al deudor... no

constituye, en rigor, una forma de publicidad con relación a terceros, sino un medio de impedir que el deudor pague al cedente y éste abusivamente acepte el pago y también el medio de evitar fraudes en perjuicio del deudor y de terceros, certificándose de modo auténtico la fecha de la cesión, cuando esta misma no se haya hecho por documento auténtico" [vol. V, núm. 631, página 66].

Planiol a su vez critica la primera de las opiniones expuestas diciendo: ¿Cómo la ley ha podido considerar a la notificación hecha al deudor como un medio suficiente para prevenir a los terceros? Supone evidentemente que aquellos que tengan necesidad de conocer la cesión irán a informarse de ella con el deudor, transformado así en agente de noticias para el uso del público. Está uno obligado a confesar que éste es un modo de publicidad bastante imperfecto [t. II, núm. 1614]. A continuación agrega que la formalidad de la notificación es un procedimiento establecido en interés exclusivo del cesionario. [En el mismo sentido pueden verse Planiol, Ripert, Esmein, Radouant y Gabolde, t. VII, núm. 1117 y Gaudement, páginas 455-456.]

## II. Sistema del código de 1928

1255. *Tres reglas adoptadas.* "La cesión de créditos... no produce efectos contra tercero, sino desde que su fecha deba tenerse por cierta, conforme a las reglas siguientes: I. Si tiene por objeto un crédito que deba inscribirse, desde la fecha de su inscripción, en el Registro Público de la Propiedad; II. Si se hace en escritura pública, desde la fecha de su otorgamiento; III. Si se trata de un documento privado, desde el día en que se incorpore o inscriba en un Registro Público; desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaren o desde la fecha en que se entregue a un funcionario público por razón de su oficio" [art. 2034].

### Capítulo cuarto

### *Los créditos litigiosos*

1256. *Observación.* Este caso fue previsto y reglamentado por los artículos 1622 a 1627 del código de 1884, los cuales no han sido reproducidos por el código vigente.

1257. *¿Cuándo son litigiosos los derechos?* Contesta el artículo 1627 del código de 1884 diciendo que: "Se considerará litigioso el derecho desde el secuestro en el juicio ejecutivo; desde que se fije la cédula en el hipotecario; y en los demás, desde la contestación de la demanda hasta que se pronuncie sentencia que cause ejecutoria."



1258. *Liberación del deudor.* A este respecto encontramos dos artículos en el código de 1884: "Artículo 1624. El deudor de cualquiera obligación litigiosa cedida por título oneroso, puede librarse, satisfaciendo al cesionario el valor que éste hubiere dado por ella con sus intereses y demás expensas que hubiere hecho en la adquisición." "Artículo 1626. La liberación permitida en el artículo 1624, sólo podrá tener lugar cuando el litigio no haya sido resuelto en última instancia."

1259. *Prohibición.* "Si los derechos o créditos fueren litigiosos, no podrán ser cedidos en ninguna forma a las personas que desempeñen la judicatura, ni a cualquiera otra autoridad de nombramiento del gobierno, si esos derechos o créditos fueren disputados dentro de los límites a que se extienda la jurisdicción de los funcionarios referidos [art. 1622 del código de 1884].

"La cesión hecha en contravención a lo dispuesto en el artículo anterior será nula de pleno derecho [art. 1623 del mismo código].

## Subtítulo segundo

# LA CESION DE OTROS DERECHOS

### Capítulo primero

### *La cesión de derechos hereditarios*

## SECCION 1ª LA CESION PROPIAMENTE DICHA

1260. *Carácter distintivo.* La cesión prevista por los artículos 1645 a 1647 del código de 1884 y por los artículos 2047 a 2049 del código de 1928, que es la cesión de derechos hereditarios propiamente dicha [Guillouard, t. II, núm. 860; Baudry-Lacantinerie et Saignat, *ob. cit.*, núm. 864] se caracteriza porque el cedente no enumera las cosas de que se compone la herencia [arts. 1645 del código de 1884 y 2047 del código de 1928; Laurent, t. XXIV, núm. 565].

1261. *Objeto.* Esta cesión es una trasmisión a título universal [Colin et Capitant, t. II, núm. 619; Josserand, t. II, núm. 1165], tiene por objeto el derecho universal de heredero [García Goyena, comentario al art. 1462 del proyecto de Código español; Guillouard,, t. II, núm. 860], los derechos adheridos a esta cualidad [Laurent,, t. XXIV, núms. 566 y 567], la herencia misma considerada como universalidad jurídica [Aubry et Rau, t. IV, párrafo 359 ter, pág. 448; Laurent, t. XXIV, núm. 567]. Este decir, el

objeto de la cesión es un conjunto de bienes que forman una masa [Planiol, t. II, núm. 1641], la masa de los bienes y de las deudas dejadas por el difunto, la universalidad de su patrimonio activo y pasivo [Baudry-Lacantinerie et Saignat, *ob. cit.*, núm. 862]. La universalidad comprende, es verdad, bienes determinados, créditos, efectos muebles e inmuebles; pero la cesión no recae sobre estos bienes particulares [Laurent, t. XXIV, número 567, págs. 559-560], el objeto de la cesión no es el derecho a un bien o a bienes determinados o considerados individualmente [Guillouard, t. II, núm. 859; Colin et Capitant, t. II, núm. 619; Planiol, t. II, núm. 1641; Josserand, t. II, núm. 1165].

1262. *Garantía.* El cedente sólo está obligado a responder de su calidad de heredero [arts. 1645 del código de 1884 y 2047 del código de 1928]. Esta es la garantía de derecho. Pero los contratantes pueden aumentar o disminuir esta garantía [Planiol, t. II, núm. 1646; Baudry-Lacantinerie et Saignat, *ob. cit.*, núms. 890-891; Planiol, Ripert et Hamel, *ob. cit.*, t. X, número 359].

1263. *Obligación del cedente.* Si el cedente se hubiere aprovechado de algunos frutos o percibido alguna cosa de la herencia que cediere deberá abonarla al cesionario, si no se hubiere pactado lo contrario [arts. 2048 del código de 1928 y 1646 del código de 1884].

1264. *Obligación del cesionario.* "El cesionario debe, por su parte, satisfacer al cedente todo lo que haya pagado por las deudas o cargas de la herencia y sus propios créditos contra ella, salvo si hubiere pactado lo contrario" [arts. 1647 del código de 1884 y 2049 del código de 1928].

## SECCION 2ª TRASMISION DIFERENTE DE LA CESION

1265. *Cesión enumerando las cosas.* Cuando el que cede su derecho a una herencia enumera las cosas de que ésta se compone no celebra el contrato previsto en los artículos de nuestros códigos citados en el número 1260 de este libro. A este respecto dice García Goyena: "afirmando, en qué consiste la herencia, enumerando, las cosas que la componen, se entienden vendidas éstas [comentario al art. 1463 del proyecto de Código español] y, generalizando, debemos decir que se entienden enajenadas las cosas [véase núm. 1231 de este libro]. La ley no se ocupa de este caso porque no tiene nada de especial [Laurent, t. XXIV, núm. 565, pág. 557]. Si el heredero trasmite su derecho a un objeto u objetos determinados de la sucesión, no celebra el contrato de cesión de derechos hereditarios, sino que celebra un contrato de venta, permuta, etc. [en este sentido, Guillouard, *ob. cit.*, t. II, núms. 860-861].



## CAPÍTULO SEGUNDO

## *La trasmisión de derechos reales*

## SECCION 1ª LA DOCTRINA

1266. *Derecho francés.* Aubry y Rau definen la cesión en estos términos: "La cesión, en el sentido más amplio de esta palabra, es la trasmisión, por acto entre vivos, de un objeto incorpóreo" [t. IV, párrafo 359, pág. 419. En sentido semejante se pronuncia Guillouard, t. II, núm. 739].

Planiol enseña que en el Código Napoleón, en el capítulo denominado "De la trasmisión de los créditos y otros derechos incorpóreos" [título De la venta, arts. 1689-1701], la ley sólo se ocupa de la cesión de créditos y de la cesión de herencia y que están fuera de ese capítulo los derechos reales y otras cosas incorpóreas, como oficios y patentes de invención [t. II, núm. 1608 y nota]. Baudry-Lacantinerie y Saignat dicen que los derechos reales y personales son cedibles, pero que no se aplican sino a estos últimos las reglas de los artículos citados 1689 y siguientes: que la venta de los derechos reales, que son desmembraciones de la propiedad, como el usufructo de una cosa corpórea y las servidumbres, está sometida a las mismas reglas que la venta de la propiedad [*ob. cit.*, núms. 752 y 753].

1267. *Derecho portugués.* Según Alves Moreira, la cesión sólo puede referirse a una relación de obligación y no a un derecho real, salvo los derechos reales de garantía que acompañan, como accesorios que son al crédito, habiendo juntamente con la cesión de crédito la trasmisión de un derecho [t. II, núm. 52]. En el mismo sentido opina Cunha Gonçalves [t. V, núm. 629].

1268. *Derecho argentino.* Colmo sostiene la aplicación extensiva o analógica de los principios legislativos sobre cesión de créditos a los derechos no creditorios [núm. 1026]. Para Lafaille la cesión abarca en principio todo género de derechos [*Obligaciones*, t. I, núm. 326]. Agrega que dentro de la economía de la ley argentina, todos los derechos patrimoniales podrían ser objeto de la cesión, debiendo exceptuarse únicamente el dominio, el cual, por confundirse con la cosa, sólo cabría trasmitirlo mediante los contratos al efecto instituidos, como los de compraventa y donación [*Contratos*, t. II, núm. 226].

1269. *Derecho suizo.* Schneider y Fick, refiriéndose al título de la cesión de créditos, dice: "II. Este capítulo no trata solamente de la cesión de créditos, como el título y los marginales podrían hacerlo suponer, sino de una manera más general de la cesión de derechos" [t. I, pág. 295].

Rossel expone su parecer en estos términos: "en su acepción más general, la cesión es la trasmisión de un bien incorpóreo por acto entre vivos. Pero se aplica más especialmente la palabra cesión a la venta de los créditos

y es lo que hace nuestro código en sus artículos 164 y siguientes. Según nuestra ley, la cesión es, pues, la trasmisión de un crédito, operada por el acreedor (el cedente), en favor de un tercero (el cesionario) mediante un precio.

## SECCION 2ª NUESTROS CODIGOS

1270. *Derecho de propiedad.* A la trasmisión de este derecho no se le llama cesión, ni tiene este carácter.

Sin embargo, el código de 1884, refiriéndose a la propiedad literaria, a la dramática y a la artística de los autores, generalmente llama cesión a la trasmisión de esta propiedad [arts. 1139, 1140, 1141, 1142, 1143, 1145, 1170, 1176, 1181, 1183, 1185, 1186, 1187, 1250 y 1258]. El código de 1928, a su vez, llama cesión a la trasmisión de los derechos de autor [artículos 1196, 1203, 1204, 1205, 1222 y 1227], derechos a los cuales considera como de propiedad [arts. 1197, 1198, 1217 y 1229].

El código de 1884 considera a la trasmisión del derecho de copropiedad como enajenación de una parte de la cosa indivisa [art. 2843], no le llama cesión. El código de 1928 dice que todo condueño puede enajenar o ceder la parte alícuota que le corresponda [art. 950] y en otro lugar alude a las condiciones en que los propietarios de cosa indivisa pueden vender su parte [art. 2279].

1271. *Otros derechos reales principales.* Según el código de 1884 el usufructuario puede enajenar el ejercicio de su derecho de usufructo [artículo 882] y según el código de 1928 puede enajenar ese derecho, es decir, aquí, a la trasmisión no se le designa con el nombre de cesión.

Los artículos 938 del código de 1884 y 1051 del código de 1928 establecen que el usuario y el que tiene el derecho de habitación en un edificio no pueden enajenar (no dicen ceder) su derecho a otro.

Como las servidumbres son inseparables del inmueble a que activa o pasivamente pertenecen [arts. 1064 del código de 1928 y 950 del código de 1884], pasan activa y pasivamente con las mismas fincas [García Goyena, t. I, pág. 419].

1272. *Derechos reales accesorios.* La trasmisión de estos derechos, como son la prenda y la hipoteca, está considerada como cesión. Ya lo hemos visto en el número 1238 de este libro.

1273. *Conclusión.* De lo expuesto resulta en mi concepto que aunque a veces nuestros códigos llaman cesión a la trasmisión de derechos reales, no por eso a esa trasmisión le son aplicables las reglas que los códigos de 1884 y de 1928 establecen en sus capítulos denominados respectivamente: "De la cesión de acciones" y "De la cesión de derechos", salvo en lo que respecta a los derechos reales accesorios y a los derechos hereditarios, que, como hemos visto, a ellos se refieren los códigos en esos capítulos.

# TÍTULO SEGUNDO

# LA SUBROGACION

1274. *Tabla A*

C. a. 1590.—G. 1116.—C. N. 1249.
" " 1591.—G. 1117.—C. N. 1251.—C. v. 2058.
" " 1592.—C. N. 1250, párrafo 1º—G. 1118.
" " 1593.—C. P. 780.—G. 119 y 1120.—C. N. 1250, párrafo 2º—C. v. 2059.
" " 1594.—C. P. 782.—G. 1121.—C. N. 1252.
" " 1595.—C. P. 782, párrafo único.
" " 1597.—C. P. 784.—C. v. 2061.
" " 1598.—C. P. 781.—C. N. 1252.
" "

1275. *Tabla B*

C. v. 2058.—C. a. 1591.
" " 2059.—C. a. 1593.
" " 2061.—C. a. 1597.

1276. BIBLIOGRAFIA. COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 310-319; BONNECASE: *Précis*, t. II, núms. 537-542; PLANIOL, t. II, núms. 473-521; HÉMARD, t. II, núms. 1705-1722; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XIII, núms. 1516-1577; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, t. VII, núms. 1219-1247; BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis*, t. II, núms. 276-292; JOSSERAND, t. II, núms. 876-901; DEMOLOMBE: *Des contrats*, t. IV, núms. 300-670; LAURENT, t. XVIII, núms. 1-137; AUBRY et RAU, t. IV, párrafo 321, p. 168-192; BEUDANT, núms. 798-836; GAUDEMENT, p. 461-474; FUZIER-HERMAN: *Code Civil Annoté*, Comentarios a los artículos del Código Napoleón citados en la tabla A; FUZIER-HERMAN, CARPENTIER et FRERÉJOUAN DU SAINT: *Repertoire, etc., Vº Subrogation* (t. XXXIV); GARCÍA GOYENA: *Comentarios a los artículos citados con G. en la tabla A;* CUNHA GONÇALVES, t. V, núms. 625-628; ALVES MOREIRA, t. II, núms. 57-61; DÍAS FERREIRA: *Comentarios a los artículos del Código portugués citados en la tabla A;* GIORGI, t. VII, números 156-262.

## CAPÍTULO PRIMERO

## *Naturaleza y efectos de la subrogación*

### SECCION 1ª NATURALEZA

1277. *La idea de subrogación.* "La palabra subrogación evoca la idea de una sustitución, sea de una cosa por otra, sea de una persona por otra. En el primer caso es real, en el segundo es personal. Ahora bien, el pago puede ser la ocasión de una subrogación de orden personal" [Josserand, t. II, núm. 876]. De esta subrogación personal es de la que vamos a ocuparnos en este título, designándola simplemente con el nombre de subrogación.

1278. *Lugar de la materia en nuestros códigos.* El código de 1884 se ocupa de la subrogación en un capítulo del título denominado "De la extinción de las obligaciones", como lo hace la mayoría de los autores. El código de 1928, procediendo como lo hacen Bonnecase *[Précis]*, Hémard y Alves Moreira, trata de la subrogación en un capítulo del título denominado "De la trasmisión de las obligaciones". Esta colocación es la correcta, por lo que veremos después.

1279. *Noción de la subrogación.* La subrogación está ligada a un pago [Bonnecase, *Précis*, t. II, núm. 537]. "El pago con subrogación... difiere del pago ordinario en que, en lugar de extinguir la deuda, no hace sino cambiar la persona del acreedor. El deudor es liberado respecto de su acreedor, pero pasa a ser deudor de aquel que ha pagado la deuda por él... Es fácil ver cuál es la ventaja que presenta la subrogación para el que paga. Sin duda, éste, desde el momento en que no quiere hacer una liberalidad al deudor al que libera por su intervención, tiene contra él una acción personal para hacerse reembolsar. Esta acción puede variar según el carácter de la operación y las circunstancias en las cuales interviene [véase el número 869 de este libro]... Es la acción nacida del préstamo, si (el tercero) ha entregado al deudor los fondos necesarios para satisfacer su deuda... Pero esta acción personal... no está acompañada de garantía alguna y el que paga puede temer la insolvencia del deudor. Por lo cual tiene interés en ser subrogado en los derechos del acreedor, a causa de las ventajas que pueden estar adheridas a su crédito. La principal de estas ventajas es la que resulta de una garantía real o personal, es decir, de la existencia de un privilegio o de una hipoteca sobre los bienes del deudor o de una fianza. Pero al lado de esta ventaja o en su defecto, pueden existir otras... el crédito puede producir intereses a una tasa ventajosa; estos intereses se deberán al subrogado. Por otra parte, es natural que el que paga, subrogado en los derechos del acreedor al que ha desinteresado, no perderá por esto la acción personal que le pertenezca en contra del deudor" [Colin et Capitant, t. II, núm. 310, págs. 292-293].



Hay dos especies de subrogación: "la subrogación convencional y la subrogación legal. La subrogación convencional es la que deriva del convenio de las partes, mientras que la subrogación legal se realiza por el efecto de la ley, por el hecho solo de que una persona está en determinadas condiciones" [Bonnecase, *Précis*, tomo II, núm. 538].

1280. *Definición.* Atento lo expuesto, podemos definir la subrogación diciendo que "Es la substitución admitida o establecida por la ley en los derechos de un acreedor, por un tercero que paga la deuda o presta al deudor fondos para pagarla" [Fuzier-Herman, *Code Civil annoté*, nota al artículo 1249 del Código Napoleón].

1281. *Utilidad.* La subrogación "aprovecha al deudor, quien, sin ella, puede ser que no encontrara los fondos que necesita para liberarse y quedaría así expuesto a los rigores del acreedor; aprovecha también a este último, cuyo pago facilita; es ventajosa al subrogado mismo, en este sentido que le permite hacer una colocación de fondos con toda seguridad; en fin, no perjudica a los otros acreedores del deudor, cuya situación queda después de la subrogación lo que era antes... La subrogación aprovecha, pues, a todo el mundo y no perjudica a persona alguna. He aquí su razón de ser" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 1516, págs. 616-617].

### SECCION 2ª EFECTOS

1282. *Efecto traslativo.* "La subrogación constituye menos un modo de extinción de las obligaciones que un modo de trasmisión" [Bonnecase, *Précis*, núm. 538 final]. "El crédito pagado por el tercero subsiste en su provecho y le es trasmitido con todos sus accesorios, aunque sea considerado como extinguido con relación al acreedor" [Planiol, t. II, núm. 477. En el mismo sentido Hémard, t. II, núm. 1707 final y 1710; Colin et Capitant, t. II, núm. 317; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 1567].

1283. *Limitación.* "Si el tercero ha obtenido del acreedor una liberación total, cuando sin embargo éste se ha contentado con una suma inferior al monto nominal de su crédito, el subrogado no puede reclamar al deudor más de lo que ha entregado... Se presume que el tercero que interviene y paga al acreedor no obra para ganar dinero, sino con una intención servicial y la subrogación no tiene por objeto sino garantizar el reembolso de lo que ha entregado." "No hay que olvidar que el tercer subrogado ha pagado al acreedor" [Colin et Capitant, t. II, núm. 317, págs. 301-302]. A ese pago está ligada la subrogación [véase núm. 1279 de este libro], de manera que, cuando el pago es parcial, el derecho del subrogado debe

limitarse al reembolso de lo que efectivamente haya pagado. Esta limitación es reconocida por la casi totalidad de los autores franceses, entre los cuales se pueden citar a Planiol [t. II, núm. 511], Baudry-Lacantinerie et Barde [t. XIII, núm. 521], Laurent [t. XVIII, núm. 16], Aubry et Rau [t. IV, párrafo 321], Beudant [núms. 820 y 821] y los demás autores citados en el Repertorio de Fuzier-Herman, Carpentier y Frerejouant du Saint [palabra "subrogation", núm. 355], a saber: Merlin, Duranton, Troplong, Marcadé, Mourlon, Gauthier, Larombiere, Colmet de Santerre, Demolombe y Huc.

1284. *Subrogación parcial.* A este respecto encontramos en el código de 1884 los preceptos siguientes: "Artículo 1594. El acreedor que solamente hubiere sido pagado en parte, podrá ejercitar sus derechos con preferencia al subrogado, por el resto de su deuda." "Artículo 1595. De esta preferencia disfrutarán únicamente los acreedores originarios o sus cesionarios, sin que pueda pretenderla cualquiera otro subrogado." "Artículo 1597. El pago de los subrogados en diversas porciones del mismo crédito, no bastando éste para cubrirlas todas, se hará según la prioridad de la subrogación."

El código de 1928 sólo contiene el precepto del tenor siguiente: "Artículo 2061. El pago de los subrogados en diversas porciones del mismo crédito, cuando no basten los bienes del deudor para cubrirlos todos, se hará a prorrata."

## SECCION 3ª COMPARACION CON LA CESION DE CREDITO

1285. *Separación de estas instituciones.* "La subrogación se aproxima mucho a la cesión de crédito. Su origen histórico es común, como lo es su fin general. Se trata, en suma, de asegurar al que paga el beneficio de los derechos que pertenecían al acreedor primitivo y se concebiría muy bien que lo adquiera por medio de una verdadera cesión... Sin embargo... las dos operaciones se han separado y la diferenciación se ha efectuado en razón de consideraciones de orden económico. La cesión ha llegado a ser la operación de especulación, la subrogación se ha concebido como la operación de benevolencia, el servicio de amigo, que no comporta para su autor el derecho de realizar una ganancia y que debe saldarse simplemente para él por la ausencia de pérdida, es decir, por el reembolso de sus anticipos... Sería más exacto buscar en otra parte la verdadera causa de la separación introducida y mantenida entre las dos operaciones. Si la subrogación siempre debiera ser libremente consentida por el acreedor, es dudoso que la necesidad de diferenciarla de la cesión se hubise afirmado jamás. Pero ha parecido bueno que el que paga pudiese ser investido de las acciones del acreedor independientemente de la voluntad de éste y ahí la cesión, operación convencional por esencia, no bastaba ya. La subrogación, institución más flexible, ha adquirido su utilidad propia, concebida como pudiendo también operar por la sola voluntad del deudor o de la ley" [Planiol, Ripert, Esmein, Radouant et Gabolde, t. VII, núm. 1245] o sea por el hecho solo de que el que paga esté en determinadas condiciones [véase núm. 1279 de este libro].



1286. *Diferencias de reglamentación.* "La ley ha organizado la reglamentación de la subrogación y de la cesión partiendo de la diversidad de los papeles que les atribuía. Las diferencias son numerosas" [Planiol, Ripert, etc., t. VII, núm. 1246] y son enumeradas por los autores [Planiol, Ripert, etc., lugar citado; Planiol, t. II, núm. 520; Colin et Capitant, t. II, núm. 319; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 1521; Josserand, t. II, núm. 900]. Comparando lo expuesto en el título anterior y en el presente se ve que en la subrogación: hay casos en los que no se necesita el consentimiento del acreedor: el subrogado tiene siempre, independientemente de la subrogación, una acción personal contra el deudor: no hay que observar las formas de la cesión, no se necesita notificar al deudor: no nace obligación de garantía: el subrogado no puede reclamar al deudor más de lo que ha pagado al acreedor [Planiol, *loc. cit.*].

## CAPÍTULO SEGUNDO

### *Los varios casos de subrogación*

## SECCION 1ª SUBROGACION CONVENCIONAL

### I. CÓDIGO DE 1884

#### A. *Subrogación consentida por el acreedor*

1287. *Texto legal.* "Artículo 1592. La subrogación convencional tiene lugar cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y le subroga en sus derechos, privilegios, acciones o hipotecas contra el deudor. Esta subrogación debe ser expresa y hacerse al mismo tiempo que el pago."

1288. *Posibilidad.* "Esta especie de subrogación siempre es posible. El acreedor, al recibir su pago de una persona, distinta del deudor, que obra en su propio nombre, puede siempre concederle la subrogación, como también es libre de negársela" [Planiol, Ripert, etc., t. VII, núm. 1221; Planiol, t. II, núm. 480].

1289. *La subrogación debe ser expresa.* "Sin duda el derecho moderno no exige términos sacramentales; pero no teniendo equivalentes las palabras subrogar o subrogación no se podría emplear en su lugar sino una perífrasis, tal como ceder o trasmitir sus acciones, la que dejaría una duda

sobre la intención verdadera de las partes" [Planiol, Ripert, etc., t. VII, núm. 1222; Planiol, t. II, núm. 480].

1290. *Cuándo debe hacerse la subrogación.* Debe hacerse al mismo tiempo que el pago [art. 1592 transcrito en el número 1287 de este capítulo y Hémard, t. II, núm. 1714].

La subrogación no puede ser posterior al pago porque entonces "sería demasiado tarde... el pago efectuado pura y simplemente habría extinguido la obligación cuya resurrección no sería posible en provecho del que pagó" [Josserand, t. II, núm. 889]. Agrega Laurent que "Esta condición no está solamente fundada en el rigor del derecho, es necesaria para impedir que se pueda hacer revivir un crédito extinguido con la intención de procurar una preferencia a acreedores nuevos sobre acreedores anteriores. De ahí se sigue que la subrogación consentida después del pago, aun cuando éste fuera en el mismo día... sería inexistente" [t. XVIII, núm. 25]:

La subrogación consentida antes del momento del pago "sería demasiado pronto: el acreedor bien podría obligarse a consentir en la subrogación, pero ésta no se adquiriría por el futuro pagador; habría promesa de subrogación, no subrogación" [Josserand, t. II, núm. 889].

### B. *Subrogación consentida por el deudor*

1291. *Texto legal.* "Artículo 1593. Si la deuda fuere pagada por el deudor con dinero que un tercero le prestare para ese objeto, solamente quedará subrogado el prestamista en los derechos del acreedor, si el préstamo constare en título auténtico, en que se declare que el dinero fue prestado para el pago de la misma deuda. A falta de esta circunstancia, el que prestó sólo tendrá los derechos que exprese su respectivo contrato."

1292. *Comentario.* Cunha Gonçalves comenta el artículo del código portugués, origen del nuestro 1593, en los términos siguientes: "De este precepto resulta: *a)* Que el préstamo, para los efectos de la subrogación, debe constar de título auténtico... pues el legislador quiso así dificultar el fraude en perjuicio de terceros, dando la certeza de la fecha del préstamo; *b)* Que no basta la prueba del préstamo hecho por tercero para que éste quede subrogado en los derechos del acreedor; es preciso probar también que el préstamo tuvo, de hecho, la aplicación indicada en el respectivo título, prueba que podrá ser hecha con la declaración del acreedor en el recibo o en la escritura de declaración de pago... *d)* Que aunque el artículo 780 (con el que concuerda nuestro artículo 1593) parezca delinear la hipótesis de que el préstamo y pago serán hechos en ocasiones diversas y por títulos distintos, todo esto podrá efectuarse en un solo título y, ciertamente, con mayor eficacia jurídica; *e)* En fin, que la subrogación resulta del simple hecho de la declaración del préstamo en las condiciones aludidas,



traduciendo éstas el consentimiento implícito del deudor; y no es precisa la declaración expresa de la misma subrogación... ni tampoco que el dinero sea entregado al deudor, por el tercero mutuante, en presencia del notario [1]... el acreedor, en ciertos casos, puede oponerse al pago ofrecido por el tercero, pero cuando la oposición sea injusta tanto el tercero... como el deudor... podrán consignar el pago [3]... y la subrogación podrá realizarse" [t. V, núm. 626, págs. 44-45. El autor en la nota (1) cita a "Aubry y Rau, IV, pág. 179; Baudry y Barde, II, números 1532-1535; Demolombe, XXVIII, núms. 413 y 415; Laurent, XVIII, núm. 524; Planiol, II, núm. 515; Huc, VIII, núm. 64. En la nota (3) el mismo autor cita a Aubry y Rau, IV, pág. 180; Baudry y Barde, II, número 1540; Demolombe, XXVII, núm. 430].

1293. *Motivos de esta subrogación.* Este procedimiento parece singular: el acreedor subrogante no interviene y el deudor dispone de los derechos de este acreedor en contra de él. Es verdad que el acreedor recibe un pago, el cual debía esperar, pero le es impuesto y el deudor da lo que no le pertenece. En verdad, esta subrogación se explica por motivos de utilidad práctica que la han hecho introducir, desde el principio del siglo XVII, en interés de los deudores" [Hémard, t. II, núm. 1715].

## II. Código de 1928

1294. *¿Hay subrogación convencional?* El nuevo código no menciona la subrogación convencional, ha suprimido el artículo 1592 del código de 1884 y aunque ha reproducido el 1593 del propio código lo ha hecho considerando el caso a que se refiere como de subrogación legal [art. 2059 del código de 1928]. La supresión y modificación a que acabo de referirme, pueden conducir a una de estas dos hipótesis.

*Primera.* El legislador no ha aceptado la subrogación convencional por considerarla inútil en vista de que sus efectos pueden lograrse por medio de la cesión de derechos. Esta es la hipótesis que, antes de ahora, me ha parecido probable.

*Segunda.* Es la que sostiene el licenciado Gual Vidal y que en los apuntes de su clase [pág. 653] se encuentra fundada así: "yo creo que se admite también la subrogación convencional; no hay... ninguna razón de orden público que impida el que se verifique esta subrogación... y a virtud de contrato que celebre una tercera persona con el acreedor le subrogue, con el mismo derecho que tendría para hacerle una cesión de crédito... por otra parte, hay un precepto, que casi no deja lugar a duda, es el artículo 2072 del nuevo código, que está en materia de pago y que dice: "El acreedor está obligado a aceptar el pago hecho por un tercero; pero no está obligado a subrogarle en sus derechos; fuera de los casos previstos en los artículos 2058 y 2059." Es decir, fuera de estos casos no hay obligación para la subrogación, pero eso no impide que haya el pácto conven-

cional de subrogación, a *contrario sensu* el artículo 2072 nos está dando la solución. Después de reflexionar sobre estas razones, encuentro más fundada la segunda hipótesis.

## SECCION 2ª SUBROGACION LEGAL

1295. *Indicación preliminar.* El código de 1884, en su artículo 1591 y el código de 1928, en su artículo 2058 enumeran los casos de subrogación legal, o sea aquellos en que la subrogación se verifica por ministerio de la ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados. A continuación vamos a ocuparnos de estos casos, aunque variando el orden en que se encuentran en los códigos.

### I. Casos en ambos códigos

1296. *Primer caso.* "Cuando el que paga tiene interés en el cumplimiento de la obligación", así dice el código de 1884 y el de 1928 agrega a la palabra "interés", el adjetivo "jurídico", precisando la naturaleza del interés a que se refiere el precepto legal. A este respecto, damos aquí por reproducido lo que dijimos en el número 868 de este libro. Dicho interés, según García Goyena, es "como lo tiene el acreedor mancomunado y el fiador" [Comentario al artículo 1117 del proyecto del código español en el que, además, se dice "es el artículo 1251 francés"]. La subrogación de que estamos hablando es la que "tiene lugar de pleno derecho en provecho de aquel que, estando obligado con otros o por otros al pago de la deuda, tenía interés en pagarla" [código Napoleón, art. 1251, inciso III].

1297. *Segundo caso.* "Cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él (la finca) un crédito hipotecario anterior a la adquisición." Los autores franceses consideran este caso comprendido en el anterior [Colin et Capitant, t. II, número 315, pág. 298; Hémard, t. II, núms. 1718-1720; Josserand, t. II, núm. 884; Planiol, t. II, núms. 496 y 497; Laurent, t. XVIII, núm. 84]. "El tercero, poseedor de un inmueble hipotecado, debe considerarse como interesado en el pago. ¿No está él también, al menos indirectamente, expuesto a la acción del acreedor? Sin duda no está obligado personalmente" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, número 1388].

1298. *Tercer caso.* "Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente." En este caso el que paga "no ha podido tener otro interés, ni otro objeto que el de gozar de las ventajas de la subrogación" [Cunha Gonçalves, t. III, pág. 140]. Ejemplo: "Se puede suponer que el acreedor que precede al que paga y que estaba provisto de una buena hipoteca, estando impaciente por percibir el monto de su crédito, se aprestaba a embargar el inmueble, aunque el momento estuviese mal escogido. El que paga, a quien una venta efectuada en ese momento no dejaría esperanza de recibir lo que se le debía, ha preferido desinteresar a ese acreedor a fin de retardar la venta y de esperar días mejores para sacar del inmueble un alto precio" [Colin et Capitant, t. II, núm. 316, págs. 299-300].



1299. *Cuarto caso.* "Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia." Refiriéndose a este caso dice Josserand: "Se quiere así permitir al heredero conjurar el embargo y la venta forzada de los bienes de la sucesión, en un momento inoportuno. Podrá, sin temor, desinteresar a los acreedores hereditarios demasiado apremiantes, con la certeza de que recobrará sus desembolsos, gracias a las garantías que pertenecen, así se supone, a dichos acreedores, en las cuales será subrogado de pleno derecho y que podrá utilizar al tiempo de la liquidación de la masa hereditaria y contra la sucesión, más exactamente contra los acreedores hereditarios no desinteresados por él" [t. II, núm. 886].

### II. Casos sólo en un código

1300. *Código de 1884.* Según la fracción III del artículo 1591, la subrogación es legal "Cuando se hace el pago con consentimiento expreso o tácito del deudor". Esta fracción concuerda con el artículo 778 del código portugués, precepto que Cunha Gonçalves comenta así, bajo el rubro de "Subrogación convencional". "El artículo 778 nos muestra que, en este caso de subrogación, la actitud del deudor es pasiva; él no solicita el pago al tercero ni lo realiza por sí mismo; sólo consiente; y el consentimiento ni siquiera tiene que ser expreso, visto que puede ser tácito... basta que el deudor, sabiendo que el tercero va a pagar una deuda suya, de ningún modo se oponga a la subrogación [t. V, núm. 626, pág. 44].

El código de 1928 ha suprimido este caso. Ahora bien, como dice Josserand: "En todos los casos, las reglas de la subrogación son de derecho estricto, puesto que ella deroga al principio del efecto extintivo absoluto del pago" [t. II, núm. 878; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, número 1541; Hémard, t. II, núm. 1712]. Y agrega Josserand: "Los casos de subrogación legal son enumerados limitativamente en el artículo 1251, que hay acuerdo en interpretar restrictivamente" [t. II, núm. 1713].

1301. *Código de 1928.* El caso que hemos estudiado en los números 1291 a 1293 de este libro lo considera el código vigente, como de subrogación legal, pues, reproduciendo el artículo 1593 del código anterior, agrega a la palabra "subrogado" la expresión "por ministerio de la ley".

TÍTULO TERCERO

# LA CESION DE DEUDAS

1302. *Tabla B*

C. v. 2051.—C. Al. 414 y 415.—C. O. 176.—C. a. 1609.
" " 2052.—C. O. 176.—C. a. 1611.
" " 2053.—C. P. 805.—C. N. 1276.—C. a. 1610.
" " 2054.—C. Al. 415.—C. O. 177.
" " 2055.—C. O. 178.—C. Al. 418.—C. a. 1612 y 1613.
" " 2056.—C. O. 179.—C. a. 1620.
" " 2057.—C. O. 180.—C. a. 1619.

1303. BIBLIOGRAFIA. SALEILLES, etc., *Code Civil Allemand*, traduit et annoté, t. I, págs. 598-623; ENNECCERUS-LEHMANN: *Derecho de obligaciones*, vol. 1º, párrafos 85-87, págs. 404-426; TUHR, t. II, párrafo 99, págs. 763-785; ROSSEL, t. I, núms. 354-367; SCHNEIDER et FICK, t. I, págs. 309-321; SALEILLES: *Etude sur la théorie générale de l'obligation*, etc., núms. 81 et ss., núms. 105 et sigs.; WINDSCHEID, t. II, párrafo 338; DERNBURG, párrafo 53; GAUDEMET: *Etude sur le transporte de dettes a titre particulier*, págs. 429-539 (especialmente); GAUDEMET: *Théorie générale des obligations*, págs. 474-484; PLANIOL, t. II, núms. 392-398; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XIV, núms. 1758-1766; PLANIOL, RIPERT, RADOUANT et GABOLDE, t. VII, núms. 1141-1147; COLIN et CAPITANT, t. II, núm. 390; JOSSERAND, t. II, núms. 827-831; HÉMARD, t. II, núms. 1736 et 1737; BONNECASE: *Précis*, t. II, núms. 525-526; DE DIEGO: *Trasmisión de las obligaciones;* PACCHIONI: *Le obligazioni*, páginas 348-362.

## CAPÍTULO PRIMERO

### *Terminología y definición*

1304. *Terminología.* La materia de que vamos a tratar en este título se designa en el Derecho alemán con la expresión Schulduebernahme, que la doctrina francesa traduce ya por "reprise de dette" [Saleilles y Gaudemet], ya por "cession de dette" [Planiol] y que en español se ha traducido por "asunción de deuda" [Enneccerus-Lehmann] y por "cesión de deuda" [rubro del capítulo relativo de nuestro código civil vigente].



1305. *Definición.* La cesión de deuda o "asunción de deuda" es el contrato por el cual un deudor es sustituido por otro y la obligación sigue siendo la misma" [art. 2051, del Código Civil de 1928; Enneccerus-Lehman, pág. 404].

## CAPÍTULO SEGUNDO

### *Derecho antiguo*

1306. *Derecho romano.* En este Derecho, y en general en Derecho antiguo, la personalidad del deudor se veía como un elemento, de tal manera esencial al contenido de la obligación, que se reputaba que no podía cambiar sin que la obligación fuese transformada en otra; el cambio de deudor se traducía en una novación, el deudor no podía ceder su deuda [Saleilles, *Code*, etc., t. I, pág. 598; Enneccerus-Lehmann, t. I, págs. 363-365; Planiol, t. II, núm. 393; Maynz, t. II, párrafo 187, pág. 78 y nota 1 y párrafo 190, nota 15].

1307. *Derecho francés.* De acuerdo con la tradición indicada, en vista de que el código Napoleón establece que la novación se opera cuando un nuevo deudor substituye al antiguo, que es liberado por el acreedor [artículo 1271] y de que no consagra en manera alguna la trasmisión de la deuda a título particular, hay autores que consideran inadmisible la cesión de deuda o se muestran desfavorables a ella. Entre estos autores podemos citar a Laurent [t. XXV, núm. 211], Bonnecase [*Précis*, t. II, núms. 525 et 526] y Hémard [t. II, núms. 1736 et 1737].

Por el contrario, otros autores consideran posible la cesión de deuda, fundándose principalmente en el principio de la libertad de los contratos cuando son lícitos, como sucede en el caso. Entre estos autores citaremos a Gaudemet [*ob. cit.*, págs. 204-316 y pág. 538], Planiol [t. II, núm. 398], Baudry-Lacantinerie et Barde [t. XIV, núm. 1766], Planiol, Ripert, Radouant et Gabolde [t. VII, núm. 1147], Saleilles [*Obl.*, núm. 83] y Josserand [t. II, nuúm. 830, 4º].

1308. *El problema en nuestro código de 1884.* Este código, como el Napoleón, no ha previsto la cesión de las deudas, limitándose a considerar en el artículo 1607 que hay novación cuando un nuevo deudor es substituido al antiguo, que queda exonerado.

Aunque en el artículo 1638 (que procede del 793 del código portugués) dice que "El crédito cedido pasa al cesionario con todos sus derechos y obligaciones, sean de la clase que fueren; no habiendo pacto expreso en contrario" esto no significa sino que el crédito pasa al cesionario tal como el cedente lo tenía [Cunha Gonçalves, t. V, pág. 78; Planiol, t. II, núm. 1610]. Sólo quiere decir que cuando se ceden derechos a los que están adheridas obligaciones, cuando se ceden créditos nacidos de un con-

trato sinalagmático, si el deudor no está obligado a cumplir sino mediante una prestación que debía efectuar el cedente, el cesionario para ejercitar su derecho tendrá que ejecutar esa obligación o hacer que la ejecute el cedente, pues de lo contrario su acción será rechazada por la excepción de contrato no cumplido que consagra el artículo 1434 de nuestro código civil citado [véase en este sentido Maynz, t. II, párrafo 190, nota 15].

Ahora bien, siendo verdad que nuestro antiguo código no reconoce expresamente ni reglamenta la cesión de deudas, ¿será posible que por voluntad de los contratantes un deudor sea substituido por otro sin que cambie la obligación? Nos inclinamos por la respuesta afirmativa en vista de las razones que han dado Gaudemet, Saleilles y demás autores franceses que opinan como éstos.

## CAPÍTULO TERCERO

### *Derecho moderno*

1309. *Códigos alemán y suizo.* El código civil alemán presenta la primera reglamentación legislativa de la sucesión en la deuda considerada, por lo que es el lado pasivo de la obligación, como lo análogo de lo que es la cesión de crédito considerada por el lado activo [Saleilles, *Code*, etc., tomo I, pág. 598].

"El código federal (suizo) de las obligaciones de 1881 no mencionaba la asunción de deuda, que, de la misma manera que la cesión desde el punto de vista activo, constituye, desde el punto de vista pasivo, una forma de sucesión a título particular sin novación [Rossel, t. I, núm. 354]. Dicho código revisado en 1911 se agregó al código civil suizo de 1907 como su libro quinto, aunque conservando el nombre de Código de las obligaciones. En este nuevo código ya se acogió la asunción de deuda en sus artículos 175 a 183.

1310. *Código de 1928.* Este código establece y reglamenta la cesión de deudas en sus artículos 2051 a 2057 inspirados en artículos del código de 1884 relativos a novación por cambio de deudor y en artículos del código civil alemán y del código (suizo) de las obligaciones (o sea libro quinto del código civil suizo) referentes a asunción de deuda.

1311. *Caracteres distintivos.* Estos caracteres están contenidos en la definición que hemos dado en el número 1305. El antiguo deudor queda exonerado y el nuevo queda en lugar de él [art. 2053 del código de 1928], así es que el deudor sustituto queda obligado en los términos en que lo estaba el deudor primitivo [art. 2055 del código de 1928]. El cambio de deudor no destruye la identidad de la obligación, la cual sigue siendo la misma, solamente modificada en uno de sus elementos, o sea en el



sujeto pasivo [véase Enneccerus-Lehmann, vol. I, págs. 364 y 404; Tuhr, tomo II, págs. 764 y 766]. La subsistencia de la obligación, a pesar del cambio de deudor, la explica Saleilles, diciendo que "lo que es esencial en la obligación, salvo en ciertas obligaciones de hacer, es el resultado que debe alcanzar, es decir, el objeto que debe ser prestado o la ejecución que debe ser realizada; no es la persona por intermedio de la cual esta prestación se efectuará: la persona no es sino un instrumento de ejecución y una simple garantía de solvencia. Si el acreedor consiente en abandonar un deudor para aceptar otro que debe quedarle obligado bajo las mismas condiciones, la esencia de su derecho no será modificada a no ser que haga remisión de alguna otra garantía de solvencia, una caución o una hipoteca. Toda la dificultad consiste, pues, en asociar al acreedor a esta trasmisión de la relación pasiva de su derecho y en no admitir que el deudor cambie y sea liberado sin que el acreedor haya sido llamado a autorizar esta substitución" [*Code*, etc., pág. 599]. Por esto el código de 1928, en su artículo 2051, dice: "Para que haya substitución de deudor es necesario que el acreedor consienta expresa o tácitamente."

1312. *Dos procedimientos.* En el código alemán la asunción de deuda puede efectuarse mediante contrato del que asume la deuda con el acreedor, conforme al artículo 414 o con el deudor, conforme al artículo 415 [Enneccerus-Lehmann, vol. I, pág. 405]. Ambos procedimientos caben dentro de los términos del artículo 2051 del código de 1928; los dos tienen por efecto realizar una verdadera sucesión en la deuda, o sea una trasmisión o una cesión propiamente hablando; es a ellos a los que se aplica exclusivamente el capítulo relativo a la cesión de deudas [Saleilles, *Code*, etc., página 601].

1313. *Contrato del que asume la deuda con el acreedor.* Según el artículo 414 del código civil alemán "Una deuda puede ser asumida por un tercero por vía de contrato celebrado con el acreedor, de tal manera que el tercero entre en el lugar y puesto del precedente deudor". Refiriéndose a este artículo dicen Enneccerus y Lehmann que si la asunción se hace por contrato del que asume la deuda con el acreedor, "aquél se constituye inmediatamente en deudor y el deudor anterior se libera también inmediatamente. No es menester del asentimiento del hasta entonces deudor" [pág. 405]. Saleilles, con referencia a este procedimiento de sucesión en la deuda, dice: "es la antigua expromissio, desde hace mucho tiempo desprendida de las concepciones primitivas de la novación y considerada como operando trasmisión de deuda. El acreedor, en efecto, tiene calidad para hacer pasar la deuda de la persona del antiguo deudor a la persona de uno nuevo que la toma a su cargo" [*Code*, etc., pág. 601].

Según el código (suizo) de las obligaciones, artículo 176, la asunción de deuda ordinaria "se opera por medio de un contrato entre el que asume la deuda y el acreedor. Los convenios celebrados entre el que asume la

deuda y el deudor son preliminares de la asunción de deuda; pueden constituir una promesa del que asume la deuda de liberar al deudor, artículo 175. Como todo contrato, la asunción de deuda consiste en una oferta y en una aceptación. El artículo 176, a ejemplo del código civil alemán, artículo 415, supone que la oferta es hecha por el que asume la deuda y es aceptada por el acreedor. Evidentemente, lo contrario es igualmente posible: la oferta puede emanar del acreedor y ser aceptada por el que asume la deuda. Una oferta tácita de asumir la deuda es suficiente; debe, sin embargo, manifestarse de manera que permita al acreedor saber que el que asume la deuda no entiende obligarse conjuntamente con el deudor sino en lugar y en el puesto de este último" [Tuhr, pág. 767].

1314. *Contrato del que asume la deuda con el deudor.* El artículo 415 del código civil alemán dice: "Cuando la asunción de deuda ha sido objeto de un convenio celebrado por el tercero con el deudor, su eficacia depende de la aprobación del acreedor. Esta aprobación no puede intervenir sino cuando el deudor o el tercero han comunicado la asunción de deuda al acreedor. Hasta la aprobación las partes pueden modificar o suprimir el contrato. Si la aprobación es rehusada, la asunción de deuda se considera como no habiendo tenido lugar."

Sobre el contrato celebrado entre los dos deudores se han propuesto diversas concepciones jurídicas que pueden verse en Saleilles *[Obl.*, núm. 81 et sigs., núms. 105 et sigs.], Saleilles *[Code*, etc., págs. 602-608], Gaudemet *[Etude, etc.*, pág. 434 et sigs., págs. 457 et sigs.] y Enneccerus-Lehmann [páginas 409-410].

Estos últimos autores, citando a Gurgens, Windscheid, Unger y Regelsberger se expresan así: "Es discutida la naturaleza jurídica del contrato de asunción de deuda concluido con arreglo al párrafo (o artículo) 415. Según la opinión dominante que, a mi juicio, es la exacta (teoría de la disposición), el deudor conviene con el que asume la deuda que éste se constituye, en su lugar, en deudor de la antigua obligación. Ahora bien, este convenio contiene una disposición sobre el derecho de crédito del acreedor, ya que éste en lo futuro, en lugar de dirigirse contra el antiguo deudor, habría de hacerlo contra el nuevo, de manera que el derecho de crédito se modifica y, por consiguiente, lo mismo que toda disposición, requiere la ratificación del titular (párrafo o artículo 185). No ha de extrañar que en este caso el acreedor sólo pueda ratificar cuando el deudor o el que en su lugar asume la deuda le hayan notificado la asunción, pues las partes tienen muchas veces motivos justificados para aplazar la decisión sobre si el negocio ha de ser también vinculante para el acreedor y este motivo puede ser el esperar a que se consuma la relación jurídica que constituye la base del convenio entre el deudor y el que asume la deuda. Según otra teoría, la llamada teoría de la oferta, el contrato entre el deudor y el que asume la deuda sólo surte efecto entre ellos (en concepto de asunción de cumplimiento), pero si el que asume la deuda lo pone en conocimiento del acreedor, tal comunicación representa una oferta para la asunción de deuda realmente liberatoria y esta oferta es lo que el acreedor acepta mediante la ratificación. Si no es el que asume la deuda, sino el hasta entonces deudor quien comunica la asunción de deuda al acreedor, se da igualmente una oferta de asunción de deuda que el deudor hace en nombre del que asume la deuda y en su lugar, en virtud de un poder que tácitamente le otorga este último. La ratificación significa aceptar esta oferta" *[loc. cit.]*.



Saleilles, después de exponer las teorías a que se refieren Enneccerus y Lehmann y de dar a conocer la suerte que corrieron en el primer proyecto del Código alemán y ante la segunda comisión del mismo código, se expresa en estos términos: "La idea de una disposición del derecho de otro queda pues, siendo aún la concepción dominante, al menos según la opinión expresada en los trabajos preparatorios... Es verdad que los autores no se consideran ligados... por los trabajos preparatorios. Así es que varios de entre ellos, Blune y Hellwig entre otros, quieren volver a la idea de un contrato distinto, celebrado por el acreedor mismo en el momento de la adhesión que da el acto celebrado entre los dos deudores y que el artículo 415 habría calificado inexactamente de ratificación o de aprobación. Se quiere transformar el aviso dado al acreedor en una oferta de contratar y la adhesión de éste en una verdadera aceptación; pero se ha objetado a esto que los términos mismos del artículo 415 no se prestaban a esta libertad de interpretación, aun no considerando sino el punto de vista doctrinal... Resulta del sistema que ha prevalecido que la trasmisión de deuda por contrato celebrado con el deudor produce un doble efecto, el uno personal, el otro real. En tanto que es constitutivo de relaciones personales, crea entre el cesionario y el cedente un vínculo de obligación... Consistirá sobre todo en el hecho de que el cesionario debe pagar en lugar del deudor y por consiguiente garantizarlo contra toda demanda del acreedor, pero sin que haya obligación de procurar al antiguo deudor, de parte del acreedor, su liberación antes del vencimiento de la deuda. El efecto real consistirá en que hay una enajenación ya realizada, enajenación que recae sobre el lado pasivo del derecho... Es verdad que respecto del acreedor la eficacia (del contrato) está subordinada a la aprobación de este último" *[Code*, etc., páginas 606-607].

Planiol [núm. 395], haciendo el análisis doctrinal de la cesión de deuda, observa que "La liberación del antiguo deudor suscita una dificultad capital: no puede hacerse sin la voluntad del acreedor; toda la cuestión es saber bajo qué forma el acreedor intervendrá en la operación. Según la teoría común, la única que es conciliable con los principios tradicionales del Derecho, la voluntad del acreedor desempeña el papel principal; la cesión de deuda se realiza solamente por su intervención; hasta allí no existe sino en el estado de proyecto, bajo la forma de una oferta colectiva hecha a él por los dos deudores de tomar al uno y de liberar al otro. El código alemán (art. 415, párrafo 1º) se ha mostrado más atrevido: el papel del acreedor está reducido a su mínimo, el convenio existe por

el acuerdo de los dos deudores y la adhesión del acreedor tiene solamente por efecto hacerle oponible la operación. El señor Gaudemet mismo reconoce que no se encuentra fácilmente la justificación teórica de semejante solución" [pág. 12].

Nuestro código de 1928 lacónicamente establece: "Artículo 2051. Para que *haya* sustitución de deudor es necesario que el acreedor consienta expresa o tácitamente... Artículo 2053. El acreedor que exonera al antiguo deudor *aceptando* otro en su lugar..." Los términos que hemos subrayado parecen indicar que nuestro código vigente ha aceptado la teoría de la oferta, la que Planiol considera como la teoría común.

1315. *Caso de enajenación de inmuebles hipotecados.* El artículo 416 del código civil alemán reglamenta de manera especial una de las hipótesis más importantes de sucesión en la deuda, que es la de la enajenación de un inmueble gravado con hipotecas con asunción, por parte del adquirente del inmueble, de las deudas garantizadas con las hipotecas constituidas sobre el fundo [Salcilles, *Code*, etc., pág. 609]. Este artículo del código alemán no ha sido reproducido por el código de 1928 y la doctrina que contiene no es aplicable en nuestro Derecho.

El Derecho suizo sólo reconoce la asunción de deuda por contrato entre los deudores en caso de asunción de un patrimonio [artículo 181 del código de las obligaciones] y en el caso de enajenación de inmuebles gravados con un derecho de prenda [artículo 832 del código civil], [Tuhr, pág. 767]. Refiriéndose a este último caso dice Tuhr [pág. 784] que en caso de enajenación de un inmueble gravado con hipoteca el vendedor queda obligado por la deuda personal, en tanto que la carga pasa al adquirente, pero que en caso de venta inmueble las partes convienen generalmente en la asunción de la deuda y ésta se imputa al precio de la venta. Rossel y Mentha hacen observar "que la asunción de deuda supone un doble proceso contractual: interno, por el cual el adquirente libera al enajenante, externo, por el cual el adquirente se obliga para con el acreedor; no es perfecta sino por el cumplimiento de este doble proceso *[Manuel du droit civil suisse*, t. III, núm. 1544, pág. 162].

1316. *El consentimiento del acreedor en el código de 1928.* A juzgar por los términos del artículo 2051 de este código, la voluntad del acreedor debe recaer sobre la sustitución del antiguo deudor por el nuevo, concordando su voluntad ya con el deudor que asume la deuda (primer procedimiento de los indicados) ya con la de éste y con la del antiguo deudor (segundo procedimiento).

El consentimiento del acreedor puede ser expreso o tácito [artículo 2051 citado].

"Se presume que el acreedor consiente en la sustitución del deudor, cuando permite que el sustituto ejecute actos que debía ejecutar el deudor, como pago de réditos, pagos parciales o periódicos, siempre que lo haga en nombre propio y no por cuenta del deudor primitivo" [art. 2052 del



código de 1928]. Desde luego hay que notar que para que exista la presunción que establece el precepto que acabamos de transcribir se requiere que haya un sustituto. Teniendo en cuenta esta observación y lo que hemos expuesto en los números anteriores, a mi modo de ver el mencionado artículo 2052 se refiere a las dos situaciones siguientes:

I. Una persona (sustituto) con el propósito de obligarse en lugar del deudor y habiendo manifestado su propósito al acreedor de manera que éste pueda conocerlo [Tuhr, pág. 767] ejecuta alguno de los actos a que se refiere el citado artículo 2052. Si el acreedor lo permite, esto se considerará como aceptación de la oferta de aquella persona y habrá asunción o cesión de deuda, es decir, habrá cambiado el deudor en la obligación subsistiendo ésta.

II. Entre el antiguo deudor y el nuevo se ha convenido en que el segundo sea sustituto del primero y sabiéndolo el acreedor permite que el sustituto ejecute alguno de los actos mencionados en el repetido artículo 2052. Esto se considerará como signo de su consentimiento y habrá cesión de deuda, es decir, el nuevo deudor substituirá al antiguo, conservándose la obligación misma [véase Rossel y Mentha, *op. cit.*, t. III, página 162, citado en el número 14].

"Cuando el deudor y el que pretenda substituirlo fijen un plazo al acreedor para que manifieste su conformidad con la sustitución, pasado ese plazo sin que el acreedor haya hecho conocer su determinación, se presume que rehusa" [art. 2054 del código de 1928]. Este precepto está de acuerdo con el principio jurídico de que el silencio no debe considerarse como manifestación de consentimiento.

Cuando el acreedor rehusa su consentimiento (tácita o expresamente) para la sustitución de deudor no habrá cesión de deuda ya que en ésta el cambio de deudor es un elemento esencial [artículo 2051 del código de 1928].

1317. *Derechos accesorios.* "El deudor sustituto queda obligado en los términos en que lo estaba el deudor primitivo" [artículo 2055 del código de 1928]. En consecuencia, queda obligado a pagar no sólo los intereses que se causen a partir de la cesión de la deuda, sino los intereses vencidos, la indemnización por daños y perjuicios debida por una culpa contractual cometida por el deudor y la pena convencional en que hubiere incurrido el primitivo deudor antes de la cesión de la deuda. Al consentir el deudor en la cesión de deuda entiende generalmente que no tiene ya negocio alguno con su antiguo deudor [Tuhr, págs. 775-776].

Como, según hemos repetido, al cederse la deuda, aunque cambia el deudor, el crédito continúa existiendo, también subsisten los derechos de prenda e hipoteca constituidos por el deudor primitivo para garantizar la deuda.

"Pero cuando un tercero ha constituido fianza, prenda o hipoteca para garantizar la deuda, estas garantías cesan con la sustitución del deudor"

[art. 2055 del código de 1928]. La cesación de las garantías se funda en que si el nuevo deudor es menos solvente que el antiguo, la cesión de deuda agravará la posición del fiador o del constituyente de la prenda o de la hipoteca [Tuhr, pág. 776]. Por consiguiente, no cesarán las garantías si el tercero consiente en que continúen [art. 2055 del código de 1928].

1318. *Insolvencia del nuevo deudor.* "El acreedor que exonera al antiguo deudor, aceptando otro en su lugar, no puede repetir contra el primero, si el nuevo se encuentra insolvente, salvo convenio en contrario" [artículo 2053 del código de 1928]. Este artículo concuerda con el 1610 del código anterior y éste a su vez con el artículo 805 del código portugués. Comentando este precepto, Alves Moreira se expresa así: "El legislador no distingue, por lo que respecta a la insolvencia del deudor, que el acreedor acepta en vez del antiguo, la insolvencia anterior a la novación de la posterior, al contrario de lo que hacen algunos códigos extranjeros, que, partiendo del principio de que el acreedor no aceptaría la substitución del primitivo deudor por otro que en el tiempo en que ella se realiza, fuese insolvente, hacen en este caso al primer deudor responsable del cumplimiento de la deuda, pudiendo el acreedor ejercitar la acción de retrocesión en contra de él. Es necesario, sin embargo, aplicar a la hipótesis de que se trata los principios generales de Derecho, en virtud de los cuales el acreedor podrá anular el contrato de novación, si, conociendo el deudor originario la situación económica del deudor que presentó en sustitución de él, hubiese procedido para con el acreedor con dolo o mala fe. Cuando se estipule que el antiguo deudor quedará responsable en el caso de insolvencia del nuevo deudor, esa cláusula podría entenderse como siendo una condición que, verificándose, haría revivir la antigua obligación, quedando la novación subordinada a la solvencia del nuevo deudor. En el artículo 805 declárase, sin embargo, que, en este caso el acreedor tendrá el derecho de repetición contra el antiguo deudor, y por esta palabra se nos figura que se quiso significar que el acreedor puede proceder contra él por una acción que se funda en la garantía que el antiguo deudor asume en relación con la nueva obligación. La anterior obligación no renace, por tanto, con sus accesorios, al contrario de lo que sucedería si se considerase la cláusula de responsabilidad como envolviendo una condición" [pág. 273]. Cunha Gonçalves participa de la opinión de Alves Moreira en estos términos: "Estipulándose que el antiguo deudor quedará responsable en el caso de que el delegado se hallase insolvente, podrá este convenio constituir una condición resolutoria, y, en este caso, la antigua obligación renacerá con todos sus accesorios. Pero el artículo 805, en la frase no tendrá derecho de repetición contra aquél, parece considerar al deudor como simple garante de la solvencia del delegado, como el cedente puede serlo del cesionario; y por eso, por regla general, no renacerá la deuda antigua con sus accesorios como en la novación condicional [t. V, pág. 120].



En mi opinión los comentarios de Alves Moreira y Cunha Gonçalves son aplicables al artículo 2053 de nuestro código vigente sustituyendo, por supuesto, el concepto de novación por el de cesión de deuda.

1319. *Forma.* Ninguna forma impone el código de 1928 para la validez de la cesión de deuda y por lo mismo hay que considerar a este contrato como consensual.

1320. *Capacidad y representación.* "La asunción de deuda, por su doble efecto, es para el que asume la deuda un acto que lo obliga; para el acreedor un acto de adquisición, en la medida en que este acto le procura un crédito en contra de aquél, y al mismo tiempo, un acto de disposición de su crédito en contra del deudor" [Tuhr, pág. 772]. En consecuencia, el sustituto debe tener capacidad para obligarse y su representante facultad de obligarlo; el acreedor debe tener capacidad para disponer de su crédito y su representante facultad para ello.

1321. *Excepciones.* Como el deudor sustituto queda obligado sólo en los términos en que lo estaba el deudor primitivo [art. 2055 del código de 1928] puede oponer al acreedor las excepciones que se originen de la naturaleza de la deuda [art. 2056 del código de 1928]. Comentando Tuhr [págs. 773-774] la primera parte del artículo 179 del código de las obligaciones dice que "Por la palabra excepciones, la terminología del Código de las Obilgaciones designa tanto las objeciones cuanto las excepciones en el sentido técnico de este término. El que asume la deuda puede, pues, aducir todos los hechos que permitan establecer que ninguna obligación ha nacido a cargo del deudor o que la obligación ya estaba extinguida en el momento de la asunción. Tiene así el derecho de hacer valer que el contrato celebrado por el deudor es nulo por causa de incapacidad, de vicio de forma o de ataque a las buenas costumbres, o que, a consecuencia de un vicio de voluntad no ligaba al deudor. El que asume la deuda puede también objetar que estaba ya extinguida en el momento de la asunción por efecto de su ejecución... o por cualquiera otra causa. Pero el que asume la deuda puede igualmente oponer las excepciones propiamente dichas que pertenecían al deudor en el momento de la asunción de la deuda, por ejemplo... la excepción *non adimpleti contractus*... el derecho del deudor de resolver la venta o de exigir la reducción del precio... De la misma manera el deudor sustituto tiene el derecho de invocar la prescripción ya cumplida en el momento de la asunción; sin embargo, si el sustituto sabía en este momento que la deuda estaba prescrita, la asunción implicaría renuncia a la prescripción".

El deudor sustituto puede oponer al acreedor las excepciones que le sean personales [art. 2056 del código de 1928].

El deudor sustituto no puede oponer al acreedor las excepciones que sean personales del deudor primitivo. A este respecto dice Tuhr [pági-

na 774]: "Es preciso entender por ello las excepciones que no están adheridas a la deuda asumida, sino a las otras relaciones y circunstancias personales del deudor... Entre las excepciones personales del deudor y de las cuales el que asume la deuda no podría prevalerse hay que mencionar la compensación."

"El que asume la deuda no podría oponer al acreedor las excepciones que resultan de la relación jurídica que existe entre el que asume la deuda y el antiguo deudor, y de la cual proviene la asunción de deuda... Esta relación es extraña al contrato de asunción de deuda: constituye solamente el motivo que ha determinado al que asume la deuda a celebrar este contrato con el acreedor. Si el que asume la deuda ha prometido asumirla en cambio de una contraprestación del deudor, no tiene pues el derecho, en caso de inejecución de esta contraprestación de oponer al acreedor la excepción *non adimpleti contractus*. Asimismo, si ha asumido la deuda porque se creía obligado hacia el deudor, no puede prevalerse de su error en contra del acreedor..." [Tuhr, pág. 775].

1322. *Nulidad.* "Cuando se declara nula la sustitución de deudor, la antigua deuda renace con todos sus accesorios; pero con la reserva de derechos que pertenecen a terceros de buena fe" [art. 2057 del código de 1928]. En vista de las explicaciones que hemos dado anteriormente debemos entender que cuando dice el artículo que acabamos de copiar que la antigua deuda renace, no quiere significar que una antigua deuda ha sido sustituida por una nueva, pues esto es lo que caracteriza a la novación, sino simplemente que renace la relación jurídica que antes había entre el acreedor y el antiguo deudor.

1323. *La novación y la cesión de deuda.* Antes, según el artículo 1607 del código de 1884 [inspirado en el artículo 1271 del código Napoleón] cuando un nuevo deudor sustituía al antiguo, que quedaba exonerado, había novación, es decir, una obligación nueva reemplazaba a la antigua. Dicho artículo ha sido suprimido en el código de 1928. La supresión se debe a que este código, a semejanza del código civil alemán y del código suizo de las obligaciones, ha adoptado la cesión de deuda con la tendencia de que desempeñe el papel que antes correspondió a la novación por cambio de deudor [véase Planiol, t. II, núm. 530].

Los artículos 2051 y 2052 del código de 1928, a los que antes nos hemos referido en relación con el rubro del capítulo al que pertenecen, rubro que dice: "De la cesión de deudas", dan a entender que la sustitución de deudor implica cesión de deuda, es decir, que persiste la misma obligación. Así pues, bajo el imperio del código de 1928 la regla general es que cuando los contratantes quieren que el deudor en una obligación sea sustituido por otro, sólo pretenden modificar esa obligación sin perjuicio de su identidad [Enneccerus-Lehmann, pág. 364].

Pero a pesar de que nuestro código de 1928 no ha reconocido expresamente la novación por cambio de deudor, los contratantes, al amparo del



principio de la libertad en los contratos, pueden efectuar una novación de esta especie, es decir, pueden hacer que el cambio de deudor implique el nacimiento de una nueva obligación que sustituya a la antigua si así lo quieren [Enneccerus-Lehmann, pág. 365; Salcilles en *Code*, etc., pág. 600]. En este caso los contratantes deben manifestar su voluntad de una manera clara para que no se suponga que han querido efectuar una cesión de deuda.

1324. *Estipulación a favor de tercero y cesión de deuda.* Refiriéndonos a lo expuesto en este libro, números 550, 551, 552 y 558, ahora agregamos lo que sigue. Si el estipulante (al que llamaremos D) es deudor del tercero (al que llamaremos A) y celebra un contrato con el promitente (al que llamaremos C), contrato en el que éste conviene en pagar al tercero (A) lo que le debe el estipulante (D), entonces, sin perjuicio de la subsistencia de la antigua obligación del estipulante (D) a favor del tercero (A), habrá nacido una obligación nueva del promitente (C) para con el tercero (A) que tendrá el mismo objeto que la antigua. El tercero (A) podrá exigir el cumplimiento de la nueva obligación al promitente (C) [artículo 1869 del código de 1928]. Para que lo convenido entre el estipulante (D) y el promitente (C) pueda considerarse como cesión de deuda será necesario que manifiesten claramente su voluntad de que el promitente (C) sustituya como deudor al estipulante (D), quedando éste exonerado [véase Tuhr, pág. 767, y Rossel y Mentha, *op. cit.*, t. III, pág. 162] y será necesario, además, que consienta el acreedor (A) en la sustitución del deudor, es decir, en que el promitente (C) sustituya al estipulante (D) [art. 2051 del código de 1928]. Además, en este caso no habrá obligación nueva alguna.

# *LIBRO SEXTO*

# *LA EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES*

## TÍTULO PRIMERO

## GENERALIDADES

1325. BIBLIOGRAFIA. JOSSERAND, t. II, núm. 833; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, RABOUANT et GABOLDE, t. II, núms. 1148, 1149, 1248, 1303 y 1325; PLANIOL, t. II, núm. 399; HÉMARD, t. II, núms. 1738, 1739 y 1752; GAUDEMET, págs. 422-423; GIORGI, t. VII, núms. 1-6; ALVES MOREIRA, t. II, núms. 66 y 67.

1326. *Clasificación.* Con los elementos de las tres primeras obras citadas en el número anterior, clasificaremos las causas que en general extinguen las obligaciones en tres categorías, las cuales señalamos a continuación.

*Primera categoría.* Está formada únicamente por el pago, es decir el modo normal de extinción de las obligaciones, puesto que consiste en el hecho de cumplir la prestación debida.

*Segunda categoría.* Comprende cuatro modos de extinción, que tienen como carácter común el que el acreedor ha obtenindo una satisfacción distinta de aquella a la cual tenía derecho, a saber: *a)* La novación, en la cual la obligación que se extingue es reemplazada por otra. *b)* La dación en pago, en la que el acreedor recibe un objeto distinto del debido. *c)* La compensación y la confusión en las que el acreedor es satisfecho por la desaparición de la deuda que le incumbía.

*Tercera categoría.* En ella se colocan los modos en los que la obligación se extingue, sin que el acreedor haya obtenido satisfacción, o sean: *a)* La remisión de deuda, en la que el acreedor renuncia a exigir el cumplimiento de la obligación. *b)* La imposibilidad de ejecución. *c)* El término extintivo. *d)* La prescripción negativa o liberatoria, que es un modo de extinción de la obligación por el transcurso del tiempo fijado por la ley.

1327. *Plan.* Como ya hemos estudiado en este libro el pago [números 849 y sigs.], la imposibilidad de ejecución [núms. 972 y sigs.] y el término extintivo [núms. 842 y sigs.], en los títulos siguientes nos ocuparemos sucesivamente de la novación dación en pago, compensación, confusión, remisión y prescripción.

TÍTULO SEGUNDO

# LA NOVACION

1328. *Tabla A*

C. a. 1606.—G. 1134.—C. N. 1271.—C. v. 2213.
" " 1607.—C. N. 1271.—G. 1134.
" " 1608.—C. v. 2214.
" " 1609.—G. 1135.—C. N. 1274.
" " 1610.—C. P. 805.—G. 1136.—C. N. 1276.—C. v. 2053.
" " 1611.—C. P. 803.—C. N. 1273.—C. v. 2215.
" " 1612.—C. N. 1278.—G. 1138.—C. v. 2220.
" " 1613.—G. 1138.—C. v. 2221.
" " 1616.—C. P. 810.—C. v. 2217.
" " 1617.—C. P. 811.—C. v. 2216.
" " 1618.—C. P. 812.—C. v. 2218.
" " 1619.—C. P. 813.—C. v. 2219.
" " 1620.—C. P. 814.—C. v. 2056.

1329. *Tabla B*

C. v. 2213.—C. N. 1271 frac. I.—C. a. 1606.
" " 2214.—C. a. 1608.
" " 2215.—C. a. 1611.
" " 2216.—C. a. 1617.
" " 2217.—C. a. 1616.
" " 2218.—C. E. 1208.—C. a. 1618.
" " 2219.—C. a. 1619.
" " 2220.—C. Arg. 803.—C. a. 1612.
" " 2221.—C. Arg. 804.—C. a. 1613.

1330. BIBLIOGRAFIA. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XIV, núms. 1689-1757; PLANIOL, t. II, núms. 529-561; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, t. VII, núms. 1256-1279; COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 320-335; JOSSERAND, t. II, núms. 904-924; HÉMARD, t. II, núms. 1725-1735; BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis*, t. II, núms. 317-334; LAURENT, t. XVIII, núms. 242-332; AUBRY et RAU, t. IV, párrafo 324; BEUDANT, núms. 837-855; *Repertorio* FUZIER-HERMAN, CARPENTIER et FREREJOUAN DU SAINT, palabra: "Novation", en el t. XXVIII; FUZIER-HERMAN: *Code Civil annoté*. Anotaciones *a los artículos citados con C. N. en la tabla A*; GARCÍA GOYENA: *Comentarios a los artículos citados con G en la tabla A*; CUNHA GONÇALVES, t. V. núms. 638-644; ALVES MOREIRA, t. II, párrafo 19, núms. 88-93, págs. 262-277; DÍAS FERREIRA: *Comentarios a los artículos citados con las letras C. P. en la tabla A*; MANRESA, t. VIII, págs. 417-1208; SALVAT: *Obligaciones*, núms. 1629-1718; LAFAILLE: *Obligaciones*, t. I, núms. 701-705; COLMO: *Obligaciones*, núms. 767 y 768; GIORGI, t. VII, núms. 339-436; GIDE: *Etude sur la novation et le transport de creance en droit romain*; SALEILLES, etc.: *Code Civil Allemand, traduit et annoté*, t. I, págs. 511, 517-519; SALEILLES: *Etude sur la théorie générale l'obligation*, etc., núm. 47; ENNECCERUS-LEHMANN: *Derecho de obligaciones*, vol. 1º párrafo 75; GAUDEMET, págs. 300-302; ROSSEL, t. I, núms. 247-248.



## CAPÍTULO PRIMERO

### *Generalidades*

1331. *Definiciones.* Novación es la sustitución de una obligación por otra [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIV, núm. 1689; Alves Moreira, t. II, núm. 88]. Según Planiol, Ripert, Esmein, Radouant y Gabolde "La novación consiste en la extinción de una obligación por la creación de una obligación nueva destinada a reemplazarla y que difiere de la primera por cierto elemento nuevo" [t. VII, núm. 1256].

Nuestros códigos definen la novación en estos términos. Código de 1884. "Artículo 1606. Hay novación de contrato, cuando las partes en él interesadas lo alteran sustancialmente sujetándolo a distintas condiciones; sustituyendo una deuda nueva a la antigua, o haciendo cualquiera otra alteración que afecte a la esencia del contrato, y que demuestre la intención de cambiar por otra la obligación primitiva." Código de 1928. "Artículo 2213. Hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran substancialmente substituyendo una obligación nueva a la antigua."

1332. *Convenio.* Para nuestros códigos la novación es un contrato y como tal está sujeto a las disposiciones respectivas, salvo las modificaciones consignadas en los capítulos que tienen por rubro "De la novación" [artículos 1608 del código de 1884 y 2214 del código de 1928]. En vista de lo expuesto, debemos considerar que en estos preceptos está tomada la palabra contrato como sinónima de convenio. [Véanse núms. 79 y 80 de este libro].

Al decir los artículos que hemos copiado en el número anterior "novación de contrato", tal parece como que la primitiva obligación ha de provenir de un contrato. Pero no es así, porque si esa obligación deriva de otra fuente, por ejemplo de un hecho ilícito, y por convenio entre el acreedor y el deudor se sustituye por una nueva, habrá novación.

1333. *Enumeración.* "Las condiciones de la novación son cinco, se necesita: 1º la existencia de una obligación anterior; 2º la creación de otra obligación; 3º una diferencia entre las dos obligaciones sucesivas; 4º la intención de novar; 5º la capacidad de las partes" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIV, núm. 1690].

## CAPÍTULO SEGUNDO

## *Requisitos de la novación*

### SECCION 1ª EXISTENCIA DE UNA OBLIGACION ANTERIOR

1334. *Inexistencia.* "A falta de obligación anterior, la novación carece de base... es que en efecto el deudor no entiende contraer una obligación sino para extinguir otra" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIV, número 1691]. Una deuda legalmente inexistente no puede ser novada como nos lo muestran los artículos 1616 del código de 1884 y 2217 del código de 1928, cuyo texto es el siguiente: "Si la primera obligación se hubiere extinguido al tiempo en que se contrajere la segunda, quedará la novación sin efecto" [Cunha Gonçalves, t. V, núm. 639, pág. 103].

1335. *Nulidad.* Según el código de 1884 "Cuando la obligación primitiva fuere absolutamente reprobada por la ley, o cuando sus vicios no puedan subsanarse, será nula la obligación que la sustituya" [art. 1618]. Es decir, se requiere como base para la novación que la primitiva obligación no sea absolutamente nula como dice el artículo transcrito, supuesto que, en caso contrario, no habrá sustitución de obligación.

Por argumento a *contrario sensu* del artículo 1618, diremos que, cuando la obligación primitiva no fuere absolutamente reprobada por la ley o cuando sus vicios puedan subsanarse, no será nula la obligación que la sustituya, no podrá invocarse esa nulidad relativa para destruir la eficacia de la novación [Alves Moreira, t. II, núm. 90, pág. 268]. Así, por ejemplo, si un individuo había contraído una obligación durante su minoridad y después de haber llegado a la mayoría de edad contrajere con su acreedor una nueva obligación en lugar de la que era anulable, no podrá demandar la anulación de la primitiva obligación y la novación producirá todos sus efectos [Alves Moreira, *loc. cit.]*; por la novación el deudor renuncia a la nulidad de la primitiva obligación [Alves Moreira, *loc. cit.]*. Esto debe entenderse con arreglo al artículo 1678 del código de 1884, transcrito en el número 359 de este libro, artículo según el cual el cumplimiento voluntario por medio de la novación se tiene por ratificación y el cumplimiento es voluntario cuando el deudor conoce la nulidad [véase el número 286 de este libro].



1336. *Nulidad (continúa).* Según el código de 1928 "La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad solamente pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen" [art. 2218]. El comentario adecuado al artículo que acabamos de copiar es el de Manresa, quien dice así: "En cuanto a las obligaciones nulas, asunto especial de este artículo, la regla es clara; por lo general, la nulidad de la obligación primitiva determina la de la novación y por consiguiente, la de nuevo vínculo jurídico. A esta regla se formulan dos excepciones: el caso de que la nulidad sólo pudiera ser invocada por el deudor, o aquel en que la ratificación convalide los actos nulos en su origen. En cuanto a la segunda de esas excepciones, y remitiéndonos a los preceptos relativos a la nulidad y convalidación de los contratos, diremos que, por lo general, y sobre todo si el vicio estuvo en el consentimiento, la novación lo convalidará, pues aparte de que expresa el propósito de no utilizar la acción de nulidad, es difícil que en ella se consientan con los vicios del acto anterior que aún subsistan. La primera de las excepciones dichas exige una salvedad: cuando el deudor concurre a la novación, renuncia implícitamente a la acción de nulidad y convalida las obligaciones; pero la concurrencia de aquél no es siempre indispensable, sino que puede faltar en caso de expromisión [véase el número 1343 de este libro] y entonces conservará su facultad para defenderse basado en la nulidad, contra la repetición del segundo deudor. En cuanto a éste, en sus relaciones con el acreedor, si conocía el vicio de nulidad, nada podrá alegar por vía de reclamación ni como medio de defensa" [t. VIII, págs. 434-435]. Nótese, como lo advertimos en el número anterior, la necesidad del conocimiento de la nulidad, ya que el artículo 1678 del código de 1884 ha sido reproducido esencialmente por el código de 1928 en su artículo 2234 [véase este libro, núms. 286 y 295].

1337. *Condición.* "Aun cuando la obligación anterior esté subordinada a una condición suspensiva, solamente quedará la novación dependiente del cumplimiento de aquélla, si así se hubiere estipulado" [arts. 1617 del código de 1884 y 2216 del código de 1928]. "Ni puede dejar de ser, porque quedando extinguida y siendo diversa la obligación anterior, no puede, sin convenio expreso, transferirse la condición para la nueva obligación, la cual podrá ser pura y simple" [Alves Moreira, t. V, núm. 639, página 104].

"Si la condición de que depende la obligación anterior fuere resolutoria, y el hecho resolutorio se realizare después de contraída la nueva obligación, la novación producirá sus efectos, salvo habiendo convenio en contrario, como se infiere del citado artículo 810 [arts. 1616 del código de 1884 y 2217 del código de 1928] que declara sin efecto la novación sólo cuando la anterior obligación ya se hallare extinguida. La condición no queda, pues, transferida de una obligación a otra; más bien la novación

extingue la obligación condicional [Cunha Gonçalves, t. V, núm. 639, pág. 104. En el mismo sentido Alves Moreira, t. II, núm. 90, pág. 268].

## SECCION 2ª CREACION DE UNA OBLIGACION NUEVA

1338. *Es necesaria.* "Debemos hacer, en cuanto a la segunda obligación, observaciones análogas a las que hemos hecho relativamente a la primera" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIV, núm. 1695; Cunha Gonçalves, t. V, núm. 639, pág. 104].

"El acreedor no ha entendido renunciar a su derecho gratuitamente. La extinción de su crédito está subordinada a la creación de una deuda nueva. Luego, si ésta no nace, la novación no tiene lugar" [Planiol, t. II, número 537].

Si la nueva obligación está afectada de nulidad absoluta [véanse números 1335 y 1336 de este libro] tampoco habrá novación [Planiol, t. II, núm. 537; Cunha Gonçalves, t. V, núm. 639, pág. 104] y "Si la novación fuere nula subsistirá la antigua obligación", como dicen los artículos 1619 del código de 1884 y 2219 del código de 1928.

"Cuando la nueva obligación está afectada de una condición suspensiva, la novación no se opera si no es que la condición se cumple. Pendiente la condición, el acreedor no podría obrar contra el deudor; no puede, en efecto, prevalerse ni de la segunda obligación, puesto que depende de una condición suspensiva, ni de la primera, puesto que ha renunciado a ella bajo la misma condición" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIV, núm. 1696; Cunha Gonçalves, t. V, núm. 639, pág. 105].

1339. *Anulabilidad y resolución.* "Esta circunstancia de que la nueva obligación es anulable o rescindible no es obstáculo para la novación. Tal obligación existe y no cesa de existir a no ser que una decisión judicial pronuncie la nulidad o la rescisión de ella. La novación efectuada en estas condiciones será, pues, mantenida si el deudor de la nueva obligación no la hace perecer, sea que se abstenga de pedir la rescisión o la anulación de ella, sea que la confirme expresa o tácitamente. Si, al contrario, la hace anular o rescindir, la novación es nula y la primera obligación revive [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIV, núm. 1696; Cunha Gonçalves, t. V, núm. 639, pág. 105] o mejor dicho "el antiguo crédito será tratado como no habiendo estado nunca extinguido" [Planiol, t. II, núm. 538].

"Puede suceder que el acreedor, conociendo el vicio de la nueva obligación, haya tenido, sin embargo, la intención de substituirla definitivamente a la antigua... Semejante convenio tiene un carácter aleatorio y, llegado el caso, la primera obligación permanece extinguida, no obstante la anulación o la rescisión de la segunda [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIV, número 1696; Laurent, t. XVIII, núm. 253, pág. 271; Cunha Goncalves, t. V, núm. 639, págs. 104 y 105].



## SECCION 3ª UN ELEMENTO NUEVO

1340. *Nociones preliminares.* "La novación supone, por definición, un elemento nuevo. Si no existe diferencia entre la primera obligación y la segunda no puede haber allí novación, sino solamente reconocimiento de la primera deuda... La diferencia que existe entre las dos deudas sucesivas ya se produce sin que haya cambio de uno de los sujetos de la obligación, ya, al contrario, proviene de semejante cambio. De donde proviene la distinción entre la novación objetiva y la novación subjetiva" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIV, núm. 1697].

### I. NOVACIÓN OBJETIVA

1341. *Cambios que importan novación.* Son los sustanciales, los que afectan a algún elemento esencial de la obligación [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIV, núm. 1711 y núms. 1331 y 1332; arts. 1606 del código de 1884 y 2213 del código de 1928]. Tales son los que recaen sobre los elementos que a continuación enumeramos.

1º *El objeto.* "La deuda es de una suma de dinero; se conviene que en lo sucesivo recaerá sobre... tantos quintales de trigo" [Josserand, t. II, número 908].

2º *La causa.* "Yo le debía a usted tal suma como comprador o como arrendatario y usted me la deja a título de depósito o de préstamo... aquí la palabra causa está tomada en el sentido de causa eficiente y, en consecuencia, como sinónima de fuente, origen, título" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIV, núm. 1712, pág. 18].

3º *La condición.* "El cambio que consiste en suprimir o en agregar una condición afecta la existencia misma del crédito: no se puede decir que sea la misma relación la que subsiste" [Planiol, t. II, núm. 541].

1342. *Cambios que no implican novación.* Son los que no afectan a algún elemento esencial de la obligación. A esta categoría pertenecen los que mencionamos en seguida.

1º *Plazo.* "La concesión de un término al deudor por el acreedor o la renuncia por el deudor al término que la había sido precedentemente concedido pueden hacerse uno y otro sin traer consigo novación, porque el término no concierne sino a la ejecución de la obligación y no a su constitución" [Planiol, t. II, núm. 541]. Por lo mismo, la prórroga o la abreviatura del plazo, tampoco altera la deuda [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIV, núm. 1703].

El artículo 1721 de nuestro código de 1870 decía: "Hay novación de contrato, cuando las partes en él interesadas lo alteran sujetándolo a distintas condiciones o plazos..." Al reproducir este artículo el código de 1884 suprimió las palabras "o plazos" [véase el núm. 1331 de este libro], lo

cual significa que nuestro legislador, de acuerdo con la doctrina, no considera como caso de novación el que una obligación fuera sujetada a plazos. Esta observación puede verse en los Apuntes de la clase del licenciado Gual Vidal [pág. 666].

2º *Intereses.* "Las modificaciones aportadas al servicio o al tipo de los intereses se concilian perfectamente, con el mantenimiento de la deuda... No hay novación porque después del vencimiento de una deuda que no causaba intereses el deudor se obligue a pagarlos" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIV, núb. 1708].

3º *Garantías.* "El deudor o un tercero da una garantía al acreedor. Esto no es ciertamente suficiente para operar novación. La fianza, la constitución de una prenda o de una hipoteca tienen por efecto simplemente asegurar el pago. Hacen nacer un accesorio de la deuda, pero no cambian nada en ella" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIV, núm. 1706].

## II. Novación subjetiva

### A. *Código de 1884*

1343. *Cambio de deudor.* "Hay también novación cuando un nuevo deudor es substituido al antiguo, que queda exonerado" [art. 1607].

"Esta variedad de novación puede producirse de dos maneras diferentes: *a)* Ya implica el consentimiento del primer deudor, al mismo tiempo que del nuevo deudor y del acreedor. Por ejemplo... yo, vendedor de un inmueble, hago intervenir en el acto de la venta a uno de mis acreedores y se conviene que el comprador de mi inmueble pagará una parte de su precio a mi acreedor, el cual me da liberación de mi deuda. Esta especie de novación se llama delegación... constituye una de las aplicaciones de la delegación, la delegación novatoria o perfecta. *b)* La novación por cambio de deudor puede, igualmente, realizarse sin el concurso del primer deudor. Se dice entonces que hay expromisión. Hay que suponer que un tercero se obliga directamente para con el acreedor a condición que éste libere al deudor. El caso evidentemente no es frecuente" [Colin et Capitant, t. II, número 321, págs. 305-306].

Al caso de expromisión se refiere el artículo 1609 de nuestro código de 1884, que dice: "La novación por sustitución de un nuevo deudor puede efectuarse sin el consentimiento del primero, bajo las mismas condiciones que el pago; pero no sin consentimiento del acreedor."

1344. *Cambio de acreedor.* "Hay también novación... cuando el antiguo acreedor es sustituido por otro, con quien queda obligado el deudor primitivo" [art. 1607].

"Hay novación por cambio de acreedor, cuando el deudor se libera respecto de su acreedor obligándose respecto de otra persona que aquél le designa. El deudor y la cosa debida quedan las mismas, sólo el acreedor



ha cambiado. Así yo le debo a usted mil francos; por orden de usted me obligo a pagar esta suma a Pablo, al cual, por ejemplo, usted quiere hacer una donación; mi deuda respecto de usted está extinguida y es reemplazada por una deuda de la misma suma que yo contraigo para con Pablo. La novación por cambio de acreedor supone la sustitución de un nuevo acreedor al antiguo; el antiguo acreedor pierde sus derechos, el nuevo los adquiere. No se podría pues, ver una novación por cambio de acreedor en la simple indicación hecha por el acreedor, de una persona que debe recibir por él. La persona así designada percibiría, no por su cuenta sino por la del acreedor del cual es mandatario... [Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. II, núm. 321]. Sobre el particular recordemos los términos del artículo 1402 de nuestro código [véase núm. 876 de este libro], que concuerda con el artículo 1277 del código Napoleón.

"La novación por cambio de acreedor difiere esencialmente de la cesión de crédito. En ésta no hay formación de nueva obligación. Es el antiguo crédito el que pasa... a la persona de un nuevo sujeto activo" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIV, núm. 1722]. "Notemos también que la novación por cambio de acreedor supone necesariamente, a diferencia de la cesión de crédito, el consentimiento del deudor" [Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. II, núm. 322].

### B. *Código de 1928*

1345. *El código alemán.* Vamos a exponer cuál es la teoría de este código, según Planiol, Gaudemet, Saleilles y Enneccerus-Lehmann.

"En el código civil alemán... La novación por cambio de deudor ha sido desbautizada y se ha convertido en la continuación de deuda o sucesión en la deuda... en cuanto al... caso de novación por cambio de deudor, el código alemán lo ignora enteramente y no se ocupa sino de la cesión de crédito... Es exacto que la función translativa de la novación es inútil desde que las legislaciones modernas han concebido y admitido la trasmisibilidad de las obligaciones: si las personas pueden substituirse una por otra en la relación obligatoria sin que esta relación sea destruida, la novación por cambio de acreedor o por cambio de deudor no tiene ya razón de ser; tiende a confundirse con la cesión de crédito o la cesión de deuda" [Planiol, t. II, núm. 530].

"El código civil alemán... ha desterrado hasta el nombre de la novación: la antigua institución ha desaparecido ante la sucesión en los créditos y en las deudas. Salpius... había notado que la novación por cambio de acreedor no tiene ya razón de ser en una legislación que admite la cesión de créditos. Los redactores del código civil alemán, consagrando la sucesión en la deuda, han tenido la misma idea respecto de la novación por cambio de deudor... Suprimiendo la palabra novación, la ley nueva no ha prohibido el acto mismo; los contratantes quedan en libertad de realizarla,

salvo tener que proveerse de una prueba de su intención" [Gaudemet, *Étude sur le transport de dettes*, etc., núms. 300-301].

"El código civil... ha suprimido... la novación... había sido ya rechazada por el primer proyecto como inútil... su función más usual estando en lo sucesivo llenada por los modos de sucesión a la obligación, tanto desde el punto de vista activo como del pasivo. Por otra parte, cuando deba realizarse una verdadera substitución de una obligación por otra, sin operar transmisión o sucesión propiamente dicha, la operación puede realizarse por un doble mecanismo: creación de una obligación nueva con extinción de la antigua, siendo una la condición de la otra, operación, por otra parte, que termina en el mismo resultado que la antigua novación, sin que haya que hacer de ella una institución distinta [Saleilles, en el *Code Civil Allemand traduit et annoté*, t. I, pág. 511].

"En el derecho común y en el C. c. han desaparecido las razones que forzaron a los romanos a practicar en la forma de novación toda alteración de importancia. Podemos, pues, sin duda alguna, modificar un crédito existente sin destruir su identidad y, por regla general, o sea siempre que razones especiales no justifiquen la hipótesis del efecto más fuerte, la intención de las partes no irá dirigida sino a que el crédito se modifique sin perjuicio de su identidad. En estos casos puede tratarse de... trasmitir el crédito a un nuevo acreedor (cesión) o de asumir la deuda un nuevo deudor (asunción de deuda)... Pero toda vez que en el derecho de obligaciones rige el principio de libertad de contratación, también es indudable que podemos substituir la antigua obligación por una nueva que ocupe su lugar y que por esto mismo la extinga" [Enneccerus-Lehmann, *Derecho de obligaciones*, volumen primero, párrafo 75, págs. 364-365].

1346. *Nuestro código vigente.* Debemos suponer que este código, aceptando no sólo la cesión de derechos, sino la cesión de deudas, al suprimir el artículo 1607 del código de 1884 lo hizo imitando al código alemán y con el mismo espíritu expuesto en el número anterior [además, véase lo dicho en el número 1323 de este libro].

## SECCION 4ª INTENCION DE NOVAR

1347. *Necesidad de esta intención.* "La intención de novar es indispensable, porque una deuda nueva siempre puede crearse al lado de una antigua. Si, pues, el acreedor no ha consentido en perder su primera acción, las dos obligaciones subsistirán juntas; habrá creación de una deuda, pero sin la extinción correlativa de otra deuda" [Planiol, t. II, núm. 543].

1348. *Prueba de la intención de novar.* Los artículos 1611 del código de 1884 y 2215 del código de 1928 establecen que "La novación nunca se presume", lo cual quiere decir que cuando dos contratantes modifican una obligación, el que pretende que esa modificación significa novación, necesita probar que lo que han querido, al modificar la obligación existente, es reemplazarla por otra o sea que ha habido intención de novar [Apuntes de mi cátedra tomados por Saldaña, pág. 284 y por Millán, pág. 295.] "Los jueces, pues, dice Planiol, no deben admitir (la novación) fácilmente y en la duda deberán más bien dejar la obligación antigua, coexistiendo al lado de la nueva [t. II, núm. 544].



Los artículos que acabamos de citar agregan que la novación "debe constar expresamente". A este respecto dice Días Ferreira: "Por el principio de que la renuncia de derechos no se presume, no puede presumirse renuncia a los derechos derivados de la obligación primitiva, si la substitución no fue estipulada en términos precisos y expresos... no se admite novación tácita" [t. II, pág. 109].

1349. *Contradicción aparente.* La exposición de motivos del código de 1870 se expresa así: "Del tenor del artículo 1721 [igual al 1606 del código de 1884, que aparece transcrito en el número 1331 de este libro] podría deducirse que interviniendo cualquiera de las condiciones que en él se enumeran, se produce la novación, aun cuando sea de una manera tácita; pero el artículo 1726 [idéntico al 1611 del código de 1884 y al 2215 del código de 1928 citados en el número anterior de este libro] quita la duda, estableciendo: que la novación debe siempre ser expresa y por lo mismo el artículo 1721 deberá entenderse como la simple enumeración de los diversos modos de hacer la novación expresamente." Así lo he enseñado en mi cátedra. [Apuntes de Saldaña, págs. 284-285 y de Millán, páginas 295-296].

1350. *Títulos de crédito dados en pago.* Estudian los civilistas si hay novación en el caso de que el deudor, en lugar de pagar a su acreedor en las especies convenidas, le entrega títulos de crédito suscritos por él. Se pronuncian por la negativa Planiol [t. II, núm. 545], Baudry-Lacantinerie et Barde [t. XIV, núm. 1732]. Colin et Capitant [t. II, núm. 325], Josserand [t. II, núm. 910], y Capitant [*De la cause des obligations*, 1ª y 3ª ediciones, núms. 189-190]. El caso está resuelto negativamente por el artículo 7º de nuestra Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, que dice: "Los títulos de crédito dados en pago se presumen recibidos bajo la condición 'salvo buen cobro'."

## SECCION 5ª CAPACIDAD Y REPRESENTACION

1351. *Capacidad.* "No basta, para hacer una novación, que el acreedor tenga la capacidad de recibir su pago y el deudor la capacidad de pagar... el deudor debe ser capaz de obligarse, puesto que contrae una nueva obligación y el acreedor debe ser capaz de disponer de su crédito,

puesto que renuncia a su derecho primitivo" [Planiol, t. II, núm. 546; Colin et Capitant, t. II, núm. 326; Josserand, t. II, núm. 911].

1352. *Representación.* Igualmente hay que decidir que el representante del deudor necesita tener facultad de obligar a su representado y el de el acreedor facultad de disponer del crédito [véase Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIV, núms. 1727-1730].

## CAPÍTULO TERCERO

### *Efectos de la novación*

1353. *Dualidad de efectos.* "El efecto de la novación es doble; extingue un crédito y hace nacer otro. Es un acto único el que realiza este doble resultado. Uno de estos dos efectos no puede, pues, obtenerse sin el otro; hay entre ellos una estrecha solidaridad, de suerte que nada se hace si uno de los dos falta por una causa cualquiera: no se nova una deuda sino para reemplazarla por otra y no se crea ésta si no para substituir a la otra" [Planiol, t. II, núm. 547, y núm. 1331 de este libro].

1354. *Efecto extintivo.* "Extinguida la deuda antigua por la novación, quedan igualmente extinguidos todos los derechos y obligaciones accesorios..." [Primera parte del artículo 1612 del código de 1884] "tales como privilegios, hipotecas, fianza... Estas son simplemente las consecuencias de la regla según la que, desapareciendo lo principal, lo accesorio debe desaparecer también" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIV, núm. 1735].

"La novación extingue la obligación principal de las obligaciones accesorias" [Primera parte del artículo 2220 del código de 1928]. Este precepto tiene por origen la primera parte del artículo 803 del código argentino, que dice: "La novación extingue la obligación principal con sus accesorios y las obligaciones accesorias." Comentando Salvat este precepto se expresa así: "Por lo que toca a la extinción de la obligación principal, acabamos de ver que es éste uno de los efectos propios de la novación. Por lo que toca a la extinción de los accesorios y obligaciones accesorias, es una consecuencia lógica de su propio carácter: los accesorios y las obligaciones accesorias siguen la suerte de la obligación principal y, en consecuencia, extinguida ésta, aquellos debían quedar también extinguidos. La ley habla de extinción de la obligación principal con sus accesorios, por ejemplo: los privilegios que correspondieran a la obligación; los intereses debidos, los cuales quedarían extinguidos conjuntamente con el capital. La ley habla igualmente de la extinción de las obligaciones accesorias, como ser: la obligación derivada de la existencia de una cláusula penal, la fianza, la prenda, la hipoteca, etc. Para mayor simplicidad, hablaremos de accesorios solamente, comprendiendo bajo esta palabra tanto los accesorios propiamente dichos, como las obligaciones accesorias" *[Obligaciones*, núms. 1708 y 1709].



1355. *Conservación de los accesorios.* El código de 1884 en su parte final agrega a las palabras transcritas en el número anterior las siguientes: "no habiendo reserva expresa". Este precepto permite a las partes apartar el efecto extintivo de los accesorios [véase Colin et Capitant, t. II, número 328, pág. 311]. Las garantías, como son los privilegios y las hipotecas adheridos al crédito antiguo "pueden, pues, reanudarse al nuevo crédito por una cláusula especial y conservan entonces todo su valor; por ejemplo, la hipoteca conserva la categoría que le pertenecía cuando estaba adherida a la obligación hoy extinguida; no son seguridades nuevas que se constituyen; son las antiguas seguridades que tales como eran, se reanudan, a la nueva obligación, que son como trasplantadas" [Josserand, t. II, número 913]. "Esta reserva debe ser contemporánea de la novación; de otra manera los privilegios y las hipotecas del antiguo crédito serían extinguidos por la novación definitivamente y no podría ya ser cuestión hacerlo revivir para garantía de la nueva. Además, la reserva de que se trata, que deroga al derecho común, no es eficaz si no es expresa. Sin embargo, en lo que le concierne, la ley no prescribe términos sacramentales. Todo lo que es necesario es que esta reserva se formule y que sea formulada en el acto mismo de la novación. La necesidad de una reserva expresa existe para toda especie de novación, por consiguiente tanto para la novación objetiva cuanto para la novación subjetiva... La disposición de que hablamos es evidentemente contraria a los principios... Si el legislador ha admitido esta excepción, es por razones de utilidad práctica: ha pensado que era de naturaleza de facilitar los negocios. Por otra parte, no obstante esta reserva, la posición de los otros acreedores hipotecarios, como lo hace notar Bigot-Preameneu, queda la misma; ellos no tienen derecho, porque no tienen interés a oponerse a la reserva" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIV, núm. 1736]. Hemos visto que "la hipoteca no es reservada sino tal como existía. Si, pues, la nueva deuda era más considerable, la hipoteca reservada no la garantizaría sino en los límites de la deuda antigua" [Laurent, t. XVIII, núm. 329].

La segunda parte del artículo 2220 del código de 1928 es como sigue: "El acreedor puede, por una reserva expresa, impedir la extinción de las obligaciones accesorias, que entonces pasan a la nueva." Salvat *[Obligaciones*, núms. 1715, 1716 y 1718] refiriéndose al artículo del código argentino del que procede el nuestro, se expresa en términos que concuerdan con los de Baudry-Lacantinerie et Barde que hemos dado a conocer en el presente número.

En vista de lo expuesto, los acreedores que quieran conservar las garantías de su crédito, al consentir en una novación deben tener cuidado de hacer la reserva de la que hemos venido hablando.

1356. *La reserva con relación a terceros.* El código de 1884 en su artículo 1613, dice: "Si la reserva tiene relación a un tercero, es también necesario el consentimiento de éste." Así es, "por ejemplo, en la fianza o hipoteca dada por un tercero, pues que los pactos sólo aprovechan y dañan a los contrayentes y sus herederos" [Comentario de García Goyena al artículo 1138 del proyecto de código español].

El código de 1928 contiene el artículo 2221 del tenor siguiente: "El acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinguida, si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a terceros que no hubieren tenido parte en la novación. Tampoco puede reservarse la fianza sin consentimiento del fiador." Salvat explica que: "Por una parte, la novación, cualquiera sea su clase, implica la alteración de la primitiva obligación, alteración que no puede ser invocada contra el tercero, que ha quedado extraño a ese acto; la novación es para él *res inter alios acta*. Por otra parte, en el caso de novación por cambio de deudor, el tercero puede haber querido garantizar la obligación del primitivo deudor de cuya solvencia está informado y a quien le unen, quizá, vínculos de parentesco, de amistad o de negocios; pero no estar dispuesto a garantizar la obligación del tercero, que puede ser para él un desconocido" [*Obligaciones*, núm. 1717].

1357. *Excepciones oponibles.* Código de 1884. "Artículo 1620. El deudor substituido no podrá oponer al acreedor las excepciones que personalmente competían al primer deudor; mas podrá oponerle las que personalmente tuviera contra el mismo acreedor y las que procedan del contrato." Enseña Cunha Gonçalves que por fuerza del artículo 814 del código portugués un "efecto de la novación es que el nuevo deudor (sustituido, dice el mismo artículo, en vez de sustituto), no puede oponer al acreedor las excepciones o razones jurídicas de no pagar, que podrían oponer al antiguo deudor; pero puede oponerle las que personalmente tenga contra el mismo acreedor... El nuevo deudor, no estando obligado por la deuda antigua, ni siendo sucesor del antiguo deudor, no ocupa la situación jurídica de éste; y, por eso, es que sólo se podrá defender con las excepciones personales, tales como algún vicio de su consentimiento, la nulidad del título en que se hizo la novación... en suma, todos los argumentos extintivos de su obligación o paralizadores de la acción del acreedor" [tomo V, número 644, pág. 127].

1358. *Insolvencia del nuevo deudor.* Código de 1884. "Artículo 1610. El acreedor que exonera por la novación al antiguo deudor, aceptando otro en su lugar, no puede repetir contra el primero, si el nuevo se encuentra insolvente, salvo convenio en contrario." Los comentarios de Alves Moreira y de Cunha Gonçalves aplicables a este artículo, son los expuestos en el número 1318 de este libro.



## CAPÍTULO CUARTO

## *La delegación*

1359. *Definición.* "Hay delegación siempre que una persona, presentada por otra, se obliga para con una tercera. Tres personas figuran necesariamente en la delegación: 1º El delegante, quien, la mayor parte de las veces, toma la iniciativa de la operación. Pone en relación a las otras dos personas de las que vamos a hablar. 2º El delegado, quien, por súplica o por orden del delegante consiente en obligarse. 3º En fin, el delegatorio: es la persona que acepta como obligación al tercero presentado por el delegante. Su aceptación es indispensable para que haya delegación" [Baudry-Lancantinerie et Barde, t. XIV, núm. 1743].

1360. *Delegación precedida de obligaciones anteriores.* "La mayor parte de las veces el delegante es deudor del delegatorio y acreedor del delegado, y la delegación es para él un medio de liberarse de su obligación hacia el delegatorio... su deudor pagará en su lugar. Por consiguiente, cuando la operación está efectuada, dos obligaciones se han extinguido: la del delegante hacia el delegatorio, la del delegado hacia el delegante. En su lugar ha nacido una obligación única, la del delegado hacia el delegatario. Suponemos, para mayor simplicidad, que los dos créditos primitivos tenían por objeto sumas iguales. Si el delegado debía menos dinero al delegante que el que éste debe al delegatario, el mismo resultado se produciría aún, pero en menores límites y sólo hasta la concurrencia de la deuda primitiva del delegado" [Planiol, t. II, núm. 552].

1361. *Delegación no precedida de obligación anterior.* "Pero la delegación no interviene siempre en las condiciones que acaban de indicarse. Es posible que una de las dos deudas primitivas, o aun ambas falten y entonces la delegación no hace ya el oficio de pago; sirve para realizar sea liberalidades, sea préstamos de dinero. Ejemplo: Una persona quiere hacer una donación a otra, pero no teniendo actualmente dinero disponible, se ve obligada a tomarlo prestado de una tercera. El que quiere hacer la liberalidad podrá contentarse con suplicar al prestamista que se obligue directamente para con el donatario" [Planiol, t. II, núm. 552].

1362. *Utilidad de la delegación.* "En toda hipótesis, la utilidad económica de la delegación consiste en simplificar las operaciones por hacer y en obtener, por medio de una prestación única, los mismos resultados jurídicos que si se hicieran dos prestaciones sucesivamente, una del delegado al delegante, otra del delegante al delegatorio" [Planiol, t. II, núm. 552].

1363. *Delegación perfecta y delegación imperfecta.* El acreedor que acepta de su deudor a un nuevo deudor por medio de una delegación,

¿pierde, por sólo esto, su acción contra su deudor primitivo, autor de la delegación? Esto depende de la intención de las partes: han podido hacer una novación extinguiendo la deuda antigua, o solamente una operación... dando al acreedor un segundo deudor al lado del primero. En el primer caso, se dice que la delegación es perfecta porque hace tabla rasa de lo pasado, suprime las obligaciones que podían existir anteriormente entre las partes, cualquiera que fuese su número, y pone en su lugar una obligación única. Hay, al contrario, delegación imperfecta, cuando las obligaciones anteriores subsisten al lado de la nueva. La delegación perfecta es, pues, aquella que se produce con un efecto novatorio, el cual falta a la delegación imperfecta" [Planiol, t. II, núm. 554]. En cuanto a la prueba de la intención de las partes, véase el número 1348 de este libro.

## CAPÍTULO QUINTO

### *Delegación, estipulación a favor de tercero y cesión de deuda*

### SECCION 1ª INTRODUCCION

1364. *Antecedentes.* El citado en el número 520 de este libro y mi estudio publicado en *La Justicia*, t. X, pág. 4419, núm. 144, de 31 de enero de 1940.

1365. *Finalidad de este capítulo.* El objeto de este capítulo es mostrar un funcionamiento práctico de las tres instituciones mencionadas, analizando el pacto por el cual el comprador se obliga a pagar un crédito garantizado con hipoteca de la finca que compra. Este caso, que se encuentra con mucha frecuencia, es el que hemos expuesto en el número 520 de este libro y que reproduciremos en los dos números que siguen.

1366. *Mutuo e hipoteca.* En una primera escritura consta que A presta determinada cantidad a D, quien se obliga a pagarla en un plazo determinado, con ciertos intereses y garantiza el pago con hipoteca de una casa X de su propiedad. De este contrato derivan dos derechos a favor de A, a saber: uno personal, de mutuo, en contra de D para cobrarle el importe de préstamo y sus intereses, y un derecho real de hipoteca que podrá ejercitar A en contra de cualquier poseedor de la finca para obtener el remate de ella y pagarse con el precio que se obtenga.

1367. *Compraventa.* En una segunda escritura se consigna el contrato por el que D vende la casa X a C por determinado precio; parte de éste lo paga el comprador al vendedor y el resto del precio, C se obliga a pagarlo a A en la época del vencimiento del crédito que A tiene a cargo de D. En el pago en esta forma tienen interés los dos contratantes, D para quedar libre de la obligación que ha contraído para con A en la primera escritura, y C para que su casa X quede libre de la hipoteca con que está gravada.



En orden a la obligación de pago que contrae C en la segunda escritura, bien que ésta se haya otorgado estando en vigor el código civil de 1884, o bien bajo la vigencia del código civil de 1928, hay que distinguir varias hipótesis, que sucesivamente vamos a analizar.

### SECCION 2ª APLICACION DEL CODIGO DE 1884

1368. *Primera hipótesis.* Al otorgamiento de la escritura de compraventa entre D y C de acuerdo con ellos, concurre A para que se lleve a cabo la delegación de deudor que D le ofrece y A acepta a C como deudor en sustitución de D, el cual queda exonerado.

En este caso hay una delegación perfecta, una novación por cambio de deudor, estableciéndose un vínculo jurídico nuevo, una obligación directa entre C y A y extinguiéndose la obligación que antes había entre D y A [véanse núms. 1331, 1343, 1353 y 1363 de este libro]. Así pues, en lo sucesivo A podrá exigir directamente de C el pago de la cantidad que prestó a D, con sus intereses; pero al extinguirse la antigua deuda que tenía D, con ella se extingue, como cosa accesoria, la hipoteca que la garantizaba según lo dice claramente el artículo 1612 [véase núm. 1354 de este libro]. Sin embargo, según el mismo precepto legal hay un medio para impedir este resultado y consiste en que el acreedor A, al novar la deuda primitiva lo haga con la reserva de que el nuevo crédito quede garantizado con la misma hipoteca constituida para garantizar el préstamo consignado en la primera escritura [véase núm. 1355 de este libro].

1369. *Segunda hipótesis.* A la segunda escritura concurre A, de acuerdo con D y C y acepta simplemente la obligación que para con él contrae C.

En este caso, que es de delegación imperfecta [véase 1363 de este libro], A tiene tres derechos: uno personal, derivado del contrato de mutuo a cargo de D, pues el hecho de que acepta también como deudor a C no implica una novación por cambio de deudor, supuesto que la novación nunca se presume, sino que debe constar expresamente [véase número 1348 de este libro]: otro derecho personal a cargo de C por la obligación que en la segunda escritura ha contraído éste directamente para con A y que el último ha aceptado formándose así el contrato entre ambos, que da origen a esa obligación; finalmente, el derecho real hipotecario que puede ejercitar contra C como poseedor de la finca X o contra cualquier otro que posea la misma finca posteriormente.

1370. *Tercera hipótesis.* A concurre a la segunda escritura, limitándose a manifestar que está conforme en que la venta consignada en ella no sea causa para exigir anticipadamente el pago de su crédito. Esto en el supuesto de que la primera escritura contenga un pacto, como es frecuente

que suceda, según el cual el acreedor puede dar por vencido el plazo que concede al deudor, si éste enajena la finca hipotecada sin el consentimiento del acreedor.

En esta tercera hipótesis evidentemente no hay novación, pues nada se dice a este respecto, y hay que repetir que la novación debe ser expresa. Tampoco A acepta a C como su deudor y, en consecuencia, por falta de concurso de voluntades no hay contrato que genere una obligación directa entre C y A. Por lo mismo las cosas quedan exactamente como estaban antes de la compraventa, es decir, A tiene un derecho personal en contra de D y tiene un derecho real hipotecario respecto de la casa X, que puede ejercitar contra cualquier poseedor, ya sea C u otro.

1371. *Cuarta hipótesis.* No concurre A al otorgamiento de la escritura de compraventa que otorgan D y C.

Entonces, con mayor razón, debe decirse que las cosas quedan en el mismo estado que tenían antes de la compraventa. En este caso, como en el anterior, C se obliga para con D a pagar a A; en esta obligación hay un vínculo jurídico entre C y D, pero ninguno entre C y A porque los contratos sólo obligan a las personas que los otorgan [véanse núms. 506, 519 y 520 de este libro].

La circunstancia de que C y D estipulen que el pago deberá hacerse a A, no tiene por consecuencia sino éstas: según los artículos 2811 y 2892 del Código Civil, el comprador debe pagar el precio en el tiempo, lugar y forma convenidos y en el caso de que se trata se conviene en que el pago se haga a un tercero que es A, por lo cual pagando C a A el precio, que sin este pacto hubiere tenido que pagar a D, extingue la obligación que contrajo para con éste; por otra parte D no puede exigir de C que le pague a él y no a A. Mas todo esto sólo quiere decir que A es una persona designada para recibir el pago de conformidad con lo prevenido en el artículo 1541 del Código Civil, pero no que tenga acción para exigir el pago [véanse números 519, 876 y 1344 de este libro].

1372. *Quinta hipótesis.* A sabedor de que C al comprar la finca X a D se ha obligado a pagar lo que éste adeuda al primero, en un acto posterior hace constar que acepta la obligación contraída por C.

En tal caso no se establece una relación directa entre C y A de manera que éste pueda exigir el cumplimiento de la obligación a C. No hay una policitación de C dirigida a A, que éste pueda aceptar [véase núm. 520, pág. 426 de este libro].

## SECCION 3ª APLICACION DEL CODIGO DE 1928

1373. *Primera hipótesis.* D y C otorgan la escritura de compraventa sin la concurrencia de A.



Este es un caso de estipulación entre D (estipulante) y C (promitente) a favor de un tercero que es A [véanse núms. 550 y 558 de este libro].

A tiene tres derechos: I. El personal derivado del contrato de mutuo, en contra de D, pues este derecho no se altera por la estipulación entre D y C. [Véanse núms. 1324, 1347 y 1348 de este libro.] II. Un derecho personal, en virtud de la estipulación hecha a su favor, para exigir de C el pago de la parte de precio que C queda adeudando [véanse núms. 553 558 y 1324 de este libro]. Este derecho está sujeto a posible revocación [véase núm. 555 de este libro]. D también puede exigir de C que pague a A [véase núm. 551 de este libro]. III. El derecho real de hipoteca que puede ejercitar contra C como poseedor de la finca X o contra cualquier otro que posea la misma finca posteriormente.

1374. *Segunda hipótesis.* A concurre a la segunda escritura, limitándose a manifestar que está conforme en que la venta consignada en ella no sea causa para exigir anticipadamente el pago de su crédito. Esto, en el supuesto de que la primera escritura contenga un pacto, como es frecuente que suceda, según el cual el acreedor puede dar por vencido el plazo que concede al deudor, si éste enajena la finca hipotecada sin el consentimiento del acreedor.

La situación jurídica de A es la misma que en la primera hipótesis y en consecuencia A tiene los mismos derechos que en aquélla.

1375. *Tercera hipótesis.* A concurre a la segunda escritura, de acuerdo con D y con C y acepta simplemente la obligación que para con él contrae C.

A tiene los mismos tres derechos señalados en la primera hipótesis; pero el derecho personal que adquiere, en virtud de la estipulación hecha a su favor, en contra de C ya no es revocable. [Véanse núms. 555 y 558 de este libro].

1376. *Cuarta hipótesis.* A, sabedor de que C al comprar a D la finca X, se ha obligado a pagar lo que D adeuda a A, en un acto posterior hace constar que acepta la obligación contraída por C.

A se encuentra en la misma situación jurídica que en la tercera hipótesis y, en consecuencia, tiene los mismos derechos que en ella se señalan.

1377. *Quinta hipótesis.* En la escritura de compraventa D y C convienen en que éste substituya a aquél como deudor y A consiente en la substitución.

Este caso debe considerarse como de cesión de deuda [véanse números 1305, 1323 y 1324 de este libro].

A tiene dos derechos: I. El personal, derivado del contrato de mutuo en contra de C en lugar de tenerlo en contra de D, quien queda exonerado [véanse núms. 1323 y 1324 de este libro]. II. Su derecho real de hipoteca

respecto de la casa X que puede ejercitar contra C como poseedor, pues la hipoteca subsiste: no hay razón para que se extinga, ya que subsiste la misma obligación primitiva garantizada con la hipoteca [véase núm. 1317 de este libro].

1378. *Sexta hipótesis.* A la escritura de compraventa entre D y C, de acuerdo con ellos, concurre A para que se lleve a cabo la delegación de deudor que D le ofrece y A acepta a C como deudor, en el concepto de que la nueva obligación de éste substituya a la antigua que había contraído D, el cual queda exonerado.

Este es un caso de novación por cambio de deudor, en el que es necesario que resulte claramente la voluntad de las partes sobre la substitución de la antigua deuda por la nueva. [Véanse núms. 1323 y 1348 de este libro].

A tendrá sólo un derecho personal en contra de C. La obligación contraída por éste habrá extinguido la obligación que había contraído D en el contrato de mutuo [véanse núms. 1331 y 1353 de este libro]. Por la extinción de esta obligación se habrá extinguido la hipoteca [véase núm. 1354 de este libro]. Sin embargo, A al aceptar como deudor a C en lugar de D puede impedir la extinción de la hipoteca, reservándose expresamente este derecho para que garantice la obligación de C [véase núm. 1355 de este libro].

## TÍTULO TERCERO

# LA DACION EN PAGO

1379. *Tabla A*

*C.* a. 1515.—G. 1089.—C. N. 1243.

1380. *Tabla B*

*C.* v. 2012.—C. a. 1515.
" " 2095.—C. Al. 364.
" " 2096.—C. B. 998.

1381. BIBLIOGRAFIA. PLANIOL, t. II, núms. 522-528; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, t. VII, núms. 1249-1255; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XIII, núms. 1648-1688; COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 626-629; JOSSERAND, t. II, núms. 925-929; HÉMARD, t. II, núms. 1469, 1677; LAURENT, t. XXIV, núms. 151-153 y t. XVIII, núms. 325; AUBRY et RAU, t. III, párrafo 292, nota 4 (págs. 487-488) y t. IV, nota 1 (pág. 157) y nota 48 (pág. 221); POTHIER: *Traité du contrat de vente*, núms. 601-607; DEMOLOMBE, t. IV, núm. 230; Repertorio FUZIER-HERMANN, CARPENTIER et FREJOUAN DU SAINT: palabra *Dation en paiement*, t. XV y autores que cita; GARCÍA GOYENA: *Comentario al artículo citado con G en la tabla A*; *Code Civil allemand, traduit et annoté*, comentario de Saleilles al art. 364 de ese código, t. I, pág. 517; ENNECCERUS-LEHMANN: *Derecho de obligaciones*, vol. I, párrafo 65 y 75; BEBILAQUA, párrafo 41; GIORGI, t. VII, núms. 298-305 bis; GIRARD, págs. 727-728.

## CAPÍTULO PRIMERO

### *La doctrina francesa*

1382. *Definición.* "Hay dación en pago cuando el deudor entrega en pago a su acreedor una cosa distinta de la que era debida en virtud de la obligación. Por ejemplo, debía dinero, se libera entregando mercancías o transfiriendo al acreedor la propiedad de un inmueble. Este modo de liberación no puede emplearse sino con el consentimiento del acreedor,

quien siempre tiene el derecho de exigir lo que le es debido" [Planiol, t. II, número 522].

1383. *Controversia sobre su naturaleza.* Dice Planiol, en su tomo II, número 523: "Tradicionalmente, se considera la dación en pago como un modo de extinción especial, o más bien como una variedad del pago, por derogación a la regla que obliga al deudor a suministrar exactamente lo que ha prometido. Es así como la presenta el artículo 1243 conforme a lo que de ella había dicho Pothier *[Obligaciones,* núm. 530]." Adviértase que con el citado artículo 1243 francés concuerdan los artículos 1515 del código de 1884 y 2012 del código de 1928, cuyo texto hemos visto en el número 851 de este libro.

Prosigue Planiol en el número citado, diciendo: "Pero esta manera de ver es abandonada cada vez más: los autores modernos admiten que la dación en pago implica una novación por cambio de objeto: el acreedor ha consentido en reemplazar su antiguo crédito por uno nuevo que tiene un objeto diferente; este nuevo crédito no ha durado sino un instante, el tiempo que ha transcurrido entre el convenio de dación en pago y su realización, pero la rapidez de las operaciones que se suceden, no cambia su naturaleza." En este sentido además Aubry et Rau [t. IV, párrafo 318, nota número 1, pág. 157]; Bonnecase *[Précis,* t. II, núm. 717]; Josserand [t. II, núm. 928]; Planiol, Ripert, Esmein, Radouant et Gabolde [t. VII, número 1250]; Baudry-Lacantinerie et Barde [t. XIII, núm. 1685], quien cita a Toullier, Duranton, Grenier, Marcadé, Larombiére, Colmet de Santerre, Demolombe, Laurent, Arntz, Vigié, Huc, Baudry-Lacantinerie et de Loynes. "Esta idea es más lógica y más satisfactoria para el espíritu que la concepción tradicional; es, además, más conforme a la tendencia actual que, en una obligación, considera sobre todo su objeto: lo que da a una deuda su fisonomía y su individualidad es la naturaleza y la cantidad de la cosa debida; es lo que permite reconocerla... el objeto debido no puede cambiar sin que la deuda sea renovada, novada. Toda dación en pago implica pues... una novación" [Planiol, t. II, núm. 523].

1384. *Interés de la cuestión.* "Desde el punto de vista práctico el partido por tomar sobre la cuestión es casi indiferente. La dación en pago siendo una novación seguida de ejecución inmediata, todo se encuentra terminado entre las partes; pero el interés aparece si se supone que el acreedor sufre evicción de la cosa que ha recibido en pago. En esta hipótesis... las dos opiniones se separan: con la teoría tradicional se debe decir que el acreedor que ha sufrido evicción no ha sido pagado: por consiguiente su antigua acción subsiste, con toda las garantías que estaban adheridas a ella; con la teoría moderna, se decide que su acción primitiva ha sido extinguida por la novación y que el acreedor tiene solamente el derecho de obrar en garantía por razón de la evicción que ha sufrido" [Planiol, t. II, núm. 524].



## CAPÍTULO SEGUNDO

## *Nuestro derecho*

### SECCION 1ª EL CODIGO DE 1884

1385. *Naturaleza de la dación en pago.* Este código no contiene reglas generales sobre la dación en pago. Alude, indirectamente, a que esta operación supone el acuerdo del acreedor y del deudor [véase Colin et Capitant, t. II, núm. 626]. Nuestro artículo 1515 dice: "El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente aunque fuere de igual o mayor valor que la debida." Este precepto es una reproducción exacta del artículo 1089 del proyecto del código español, en cuyo comentario de García Goyena encontramos estas palabras: "Claro es que podrá pagarse una cosa por otra consintiéndolo el acreedor" pero, ¿cuál es la naturaleza de la dación en pago? El mismo García Goyena cita como primera concordancia del citado artículo 1089 el 1243 francés. Ahora bien, fundándonos en esta concordancia, de acuerdo con la gran mayoría de los autores franceses, opinamos que, tratando del código de 1884, hay que analizar la dación en pago como la ejecución inmediata del convenio novatorio [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 1685] y que le es aplicable lo que enseña Planiol en sus párrafos 523 y 524 citados.

### SECCION 2ª EL CODIGO DE 1928

1386. *Indicación preliminar.* Este código no tiene un capítulo en el que trate de la dación en pago, sino que dedica a esta materia los artículos 2095 y 2096 colocados en el capítulo denominado "Del Pago".

1387. *Extinción de la obligación.* "Artículo 2095. La obligación queda extinguida cuando el acreedor reciba en pago una cosa distinta en lugar de la debida." Comentando el artículo 364 del código alemán dice Saleilles: "El artículo 364 trata de la dación en pago que considera como un verdadero pago, teniendo por efecto extinguir la antigua deuda *ipso facto,* siempre que, bien entendido, el contrato nuevo, así formado entre las partes, sea válido *[Code Civil Allemand traduit et annoté,* t. I, pág. 517]. Enneccerus y Lehmann, refiriéndose al mismo artículo dicen: "En tal caso la obligación se extingue *ipso jure* lo mismo que por el pago, pues el acreedor queda satisfecho" *[Derecho de obligaciones,* vol. I, párrafo 65, pág. 315].

1388. *Evicción.* "Artículo 2096. Si el acreedor sufre la evicción de la cosa que recibe en pago, renacerá la obligación primitiva, quedando sin efecto la dación en pago." Bebilaqua, refiriéndose al artículo 998 del código

del Brasil, cita el fragmento de Marciano en el Digesto, según el cual "Subsiste la obligación primitiva, tal como si nada hubiese ocurrido, ya la evicción del bien dado en pago fuese total, ya parcial. La razón, la lógica y la equidad fundamentan esta decisión de Marciano" *[ob. cit.*, párrafo 41, pág. 132]. Así pues, nuestro código de 1928 sanciona la teoría tradicional a que se refiere Planiol y que hemos expuesto en los números 1383 y 1384.

## CAPÍTULO TERCERO

### *La doctrina alemana*

1389. *Comentario de Saleilles.* El texto del artículo 364 del código alemán es así: "La relación de obligación se extingue cuando el acreedor acepta por tener lugar de ejecución una prestación distinta de aquella que era debida." En el comentario relativo de Saleilles se lee "La prestación que forma el objeto de la dación en pago puede consistir no solamente en una trasmisión de propiedad recayendo sobre una cosa distinta de la que era debida, sino en el hecho de parte del deudor de contraer una nueva obligación, y entonces es una novación sin cambio de personas, que produce como toda dación en pago extinción de la antigua deuda" *[Code Civil Allemand traduit et annoté*, t. I, pág. 517].

1390. *Enneccerus-Lehmann.* De su "Derecho de Obligaciones", volumen primero, copiamos los conceptos siguientes: "Con el asentimiento del acreedor puede prestarse, en lugar de la prestación debida, otra cosa distinta (prestación en lugar de cumplimiento o en lugar de pago, *datio in solutum*)... Asimismo el propio deudor puede asumir frente al acreedor una nueva obligación en lugar de pago" [párrafo 65, págs. 315 y 316]... "No son distintas, a pesar de que así se cree con frecuencia, la constitución de obligación *in solutum* y la *novandi causa*. Aunque, en el primer caso, las partes se representen la extinción de la obligación antigua desde el punto de vista de la satisfacción del acreedor y, en el segundo, consideren la nueva obligación sólo como subrogado de la primera, desde el punto de vista jurídico sólo se toma en cuenta la intención de extinguir" [párrafo 75, página 366].

1391. *Nuestros códigos.* Estos códigos, a diferencia del alemán, sí reglamentan la novación objetiva con este carácter [véase núms. 1341-1342 de este libro] y, por lo mismo, no la consideran como dación en pago.

## TÍTULO CUARTO

## LA COMPENSACION

1392. *Tabla A*

C. a. 1570.—G. 1122.—C. N. 1289.—C. v. 2185.
" " 1571.—G. 1123.—C. N. 1290.—C. v. 2186.
" " 1572.—G. 1124.—C. N. 1291.—C. v. 2187.
" " 1573.—C. N. 1291.—G. 1125.—C. v. 2188.
" " 1574.—C. P. 765 1º—C. v. 2189.
" " 1575.—C. v. 2190.
" " 1576.—C. v. 2191.
" " 1577.—C. P. 767.—C. N. 1293.—G. 1126.—C. v. 2192.
" " 1578.—C. P. 768.—C. v. 2194.
" " 1579.—C. P. 769.—C. N. 1299.—C. v. 2195.
" " 1580.—C. P. 770.—C. N. 1297.—G. 1131.—C. v. 2196.
" " 1581.—C. P. 771.—C. v. 2197.
" " 1582.—C. v. 2198.
" " 1583.—C. N. 1294.—G. 1127.—C. v. 2199.
" " 1584.—G. 1127.—C. N. 1294.—C. v. 2200.
" " 1585.—G. 1128.—C. N. 1295.—C. v. 2201.
" " 1586.—G. 1128.—C. N. 1295.—C. v. 2202.
" " 1587.—G. 1128.—C. v. 2203.
" " 1588.—G. 1130.—C. N. 1296.—C. v. 2204.
" " 1589.—C. N. 1298.—G. 1132.—C. v. 2205.
" " 1630. C. v. 2035.

1393. *Tabla B*

C. v. 2035.—C. a. 1630.
" " 2185.—C. a. 1570.
" " 2186.—C. a. 1571.
" " 2187.—C. a. 1572.
" " 2188.—C. a. 1573.
" " 2189.—C. a. 1574.
" " 2190.—C. a. 1575.
" " 2191.—C. a. 1576.

„ „ 2192.—C. a. 1577.
„ „ 2192.—frac. IV.—C. O. 125, frac. II.
„ „ 2194.—C. a. 1578.
„ „ 2195.—C. a. 1579.
„ „ 2196.—C. a. 1580.
„ „ 2197.—C. a. 1581.
„ „ 2198.—C. a. 1582.
„ „ 2199.—C. a. 1583.
„ „ 2200.—C. a. 1584.
„ „ 2201.—C. a. 1585.
„ „ 2202.—C. a. 1586.
„ „ 2203.—C. a. 1587.
„ „ 2204.—C. a. 1588.
„ „ 2205.—C. a. 1589.

1394. BIBLIOGRAFIA. PLANIOL, t. II, núms. 562-597; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, t. VII, núms. 1280-1298; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XIV, núms. 1802-1896; COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 336-349; JOSSERAND, t. II, núms. 930-944; HÉMARD, t. II, núms. 1740-1751; BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis*, t. II, núms. 352-371; LAURENT, t. XVIII, núms. 379-483; AUBRY et RAU, t. IV, párrafos 325-329, págs. 224-240; POTHIER: *Traité des obligations*, t. II, núms. 623-640; Repertorio FUZIER-HERMAN, CARPENTIER et FREREJOUAN du SAINT: palabra "Compensation", t. XII; FUZIER-HERMAN: *Code Civil annoté*. Anotaciones a los artículos citados con C. N. en la Tabla A; GARCÍA GOYENA: *Comentarios a los artículos citados con G en la Tabla A*; CUNHA GONCALVES, t. V, núms. 615-624; ALVES MOREIRA, t. II, párrafo 17, núms. 77-84; DÍAS FERREIRA: *Comentarios a los artículos citados con las letras C. P. en la Tabla A*; GIORGI, t. VIII, núms. 2-96.

## CAPÍTULO PRIMERO

### *Noción y utilidad*

1395. *La doctrina.* "Cuando dos personas se deben mutuamente objetos semejantes, no es necesario que cada una de ellas pague a la otra lo que le debe; es más sencillo considerarlas como liberadas ambas hasta la concurrencia de la menor de las dos deudas, de manera que el excedente de la mayor quede sólo para ser objeto de una ejecución efectiva... Así cada una de esas personas posee al mismo tiempo 1º una facilidad para liberarse renunciando a su crédito; 2º una garantía para su crédito, rehusándose a pagar lo que debe" [Planiol, t. II, núm. 562].

1396. *Los textos legales.* Código de 1884. "Artículo 1570. Tiene lugar la compensación cuando dos personas reúnen la cualidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho." "Artículo 1571. El efecto de la compensación es extinguir por ministerio de la ley las dos deudas hasta la cantidad que importe la menor." "Artículo 1576. Si las deudas no fueren de igual cantidad, hecha la compensación conforme al artículo 1571, queda expedita la acción por el resto de la deuda."



Código de 1928. "Artículo 2185. Tiene lugar la compensación cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho." "Artículo 2186. El efecto de la compensación es extinguir por ministerio de la ley las dos deudas, hasta la cantidad que importe la menor."

## CAPÍTULO SEGUNDO

### *Requisitos*

1397. *Enumeración.* "Cinco condiciones... son necesarias: 1º la reciprocidad de obligación; 2º la fungibilidad de sus objetos; 3º el estado líquido de las dos deudas; 4º la exigibilidad del crédito opuesto en compensación; 5º la embargabilidad del derecho extinguido por la compensación" [Planiol, t. II, núm. 567].

1398. *Reciprocidad.* Esta condición resulta de los artículos 1570 y 2185 citados en el número 1396 de este libro [véase Planiol, t. II, número 568]. "Por su propio derecho: por esto, si el tutor pide lo que se debe a nombre del pupilo, no podrá el deudor oponer la compensación de lo que le debe el tutor en su nombre, ley 23, título 2, libro 16 del Digesto" [Comentario de García Goyena al artículo 1122 del proyecto de código español].

1399. *Fungibilidad.* "La compensación no procede sino cuando ambas deudas consisten en una cantidad de dinero, o cuando siendo fungibles las cosas debidas, son de la misma especie y calidad, siempre que se hayan designado al celebrarse el contrato" [artículos 2187 del código de 1928 y 1572 del código de 1884]. "La compensación se tiene por pago; requiere, pues, los mismos términos hábiles que éste: si en las cosas fungibles no basta para el pago otro tanto de la misma especie, sino que ha de ser también de la misma calidad, esto mismo ha de concurrir para que tenga lugar la compensación" [Comentario de García Goyena al artículo 1124 del proyecto de código español].

1400. *Liquidez.* "Para que haya lugar a la compensación se requiere que las deudas sean igualmente líquidas y exigibles." "Se llama deuda líquida aquella cuya cuantía se haya determinado o pueda determinarse dentro del plazo de nueve días [arts. 2188 y 2189 del código de 1928 y arts. 1573 y 1574 del códigos de 1884].

1401. *Exigibilidad.* Este requisito se encuentra establecido en los artículos 2188 del código de 1928 y 1573 del código de 1884, cuyo texto hemos reproducido en el número anterior y en los artículos 2190 del código de 1928 y 1575 del código de 1884 que dicen igualmente: "Se llama exigible aquella deuda cuyo pago no puede rehusarse conforme a derecho." "La palabra exigibilidad tiene aquí un sentido un poco diferente del que tiene de ordinario: no basta que haya ausencia de término o de condición; es necesario que el acreedor posea plenamente la facultad legal de exigir su pago. Así el deudor no puede oponer en compensación a su acreedor una obligación natural..." [Planiol, t. II, núm. 573].

1402. *Embargabilidad.* "Ciertos créditos son inembargables, es decir, que los acreedores de la persona que los posee no pueden hacerse pagar apoderándose de estos valores. Tales son principalmente la mayor parte de las pensiones alimenticias... No siendo la compensación sino un procedimiento abreviado de pago, no es, pues, posible contra los derechos que, considerados como valores activos, son inembargables y no pueden servir para pagar a los acreedores" [Planiol, t. II, núm. 578].

1403. *Requisitos que no hay que llenar.* "Para que la compensación... se opere... no es necesario: 1º Que el acreedor y el deudor sean capaces de hacer o de recibir el pago. La compensación es un modo de arreglo que dispensa del pago. Es una simple cuestión de cuenta por arreglar; no hay necesidad para ello de la capacidad de los interesados... 2º Que las dos obligaciones sean pagaderas en el mismo lugar" [Planiol, t. II, núm. 579]. "Las deudas pagaderas en diferente lugar pueden compensarse mediante indemnización de los gastos de transporte o cambio al lugar de pago" [artículos 1588 del código de 1884 y 2204 del código de 1928].

1404. *Créditos no compensables.* El código de 1884 en su artículo 1577 y el código de 1928 en su artículo 2198, respectivamente, enumeran los casos en los que la compensación no tendrá lugar. A continuación vamos a exponer los seis casos que comprenden los artículos citados de ambos códigos. La compensación no tendrá lugar: 1º "Si una de las partes la hubiere renunciado." 2º "Si una de las deudas toma su origen de fallo condenatorio por causa de despojo; pues entonces el que obtuvo aquél a su favor deberá ser pagado, aunque el despojante le oponga la compensación." 3º "Si una de las deudas fuere por alimentos." 4º "Si la deuda fuere de cosa que no puede ser compensada, ya sea por disposición de la ley o por el título de que procede, a no ser que ambas deudas fueren igualmente privilegiadas." 5º "Si la deuda fuere de cosa puesta en depósito." 6º "Si las deudas fueren fiscales, excepto en los casos en que la ley lo autorice." Además, según el código de 1928 la compensación tampoco tendrá lugar: 7º "Si una de las deudas toma su origen de una renta vitalicia." 8º "Si una de las deudas procede de salario mínimo."



## CAPÍTULO TERCERO

### *Efectos*

1405. *Textos legales.* Ya hemos visto que según los artículos 1571 del código de 1884 y 2186 del código de 1928 el efecto de la compensación es extinguir por ministerio de la ley las dos deudas, hasta la cantidad que importe la menor y ahora agregaremos que, según los artículos 1578 del código de 1884 y 2194 del código de 1928 "La compensación, desde el momento en que es hecha legalmente, produce sus efectos de pleno derecho y extingue todas las obligaciones correlativas."

1406. *La doctrina.* "Operando la compensación por la sola fuerza de la ley no hay necesidad de que sea querida, ni aun conocida de las partes; opera aun sin que lo sepan" [Planiol, t. II, núm. 586]. "Las extinción de las dos deudas se produce automáticamente, en el momento mismo de su coexistencia" [Colin et Capitant, t. II, núm. 338]. "La compensación equivale a un doble pago... Las dos deudas se extinguen con todos sus accesorios, hipotecas, fianzas, etc." [Planiol, t. II, núm. 588. En el mismo sentido de lo expuesto pueden verse las obras de Cunha Gonçalves (t. V, núm. 621) y Alves Moreira (núm. 80)].

Según los artículos 1580 del código de 1884 y 2196 del código de 1928 si fueren varias las deudas sujetas a compensación se seguirá a falta de declaración, el orden establecido, ya en el artículo 1455 del código de 1884, ya en el artículo 2093 del código de 1928 [véase el número 866 de este libro].

1407. *Efectos con relación a terceros.* "La compensación no puede tener lugar en perjuicio de los derechos de tercero legítimamente adquiridos" [arts. 1589 del código de 1884 y 2205 del código de 1928]. "El que paga una deuda compensable, no puede, cuando exija su crédito que podía ser compensado, aprovecharse, en perjuicio de tercero, de los privilegios e hipotecas que tenga a su favor al tiempo de hacer el pago; a no ser que pruebe que ignoraba la existencia del crédito que extinguía la deuda" [artículos 1579 del código de 1884 y 2195 del código de 1928].

## CAPÍTULO CUARTO

### *Renuncia*

1408. *La regla.* "El derecho de compensación puede renunciarse, ya expresamente, ya por hechos que manifiesten de un modo claro la voluntad de hacer la renuncia" [arts. 1581 del código de 1884 y 2197 del código de 1928].

"Es en interés de las partes, para evitarles pérdidas de tiempo y gastos, por lo que la ley establece la compensación y no por motivos de interés público. Por eso, el artículo 771 dispone que el derecho de compensación

puede renunciarse, no sólo expresamente, sino también por hechos donde la renuncia necesariamente se deduzca. La renuncia, por tanto, no se presume, ni puede fundarse en vagas conjeturas y apariencias, así, la petición de pago formulada por uno de los acreedores en contra del otro, no importa la renuncia a la compensación, porque puede aun ser una provocación a que ella sea alegada por el deudor... pero, habrá renuncia cuando, siendo exigibles ambas deudas, uno de los acreedores conceda moratoria en cuanto a su crédito, no solicitándola igualmente para su deuda" [Cunha Gonçalves, t. V, núm. 622, pág. 31]. "El deudor, liberado por la compensación, puede renunciar a ella y pagar su deuda. En este caso, recobra el crédito que tenía precedentemente; tiene, pues, el derecho de exigir lo que le era debido, como si este crédito no hubiera sido extinguido por la compensación" [Planiol, t. II, núm. 591, véase el número 1407 de este libro].

## CAPÍTULO QUINTO

### *La cesión de derechos y la compensación*

1409. *Oposición a la cesión.* El deudor puede oponerse a la cesión en el caso de que tenga contra el cedente un crédito anterior a la cesión por el cual pueda oponerle compensación [art. 1630 del código de 1884].

1410. *Oposición de la compensación al cesionario.* "Si el acreedor dio conocimiento de la cesión al deudor, y éste no consintió en ella, podrá oponer al cesionario la compensación de los créditos que tuviere contra el cedente y que fueren anteriores a la cesión" [arts. 1586 del código de 1884 y 2202 del código de 1928].

"Si la cesión se realizare sin consentimiento del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y la de los posteriores, hasta la fecha en que hubiere tenido conocimiento de la cesión" [arts. 1587 del código de 1884 y 2203 del código de 1928].

1411. *No oposición de la compensación.* "El deudor que hubiere consentido la cesión hecha por el acreedor en favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que podría oponer al cedente" [artículo 1585 del código de 1884 y 2201 del código de 1928].

## CAPÍTULO SEXTO

### *Diversas especies de compensación*

1412. *Enumeración.* La doctrina reconoce tres variedades de compensación: la legal, la convencional o facultativa y la judicial [Planiol, t. II, núms. 565 y 594].

1413. *Compensación legal.* "La compensación es legal cuando opera en virtud de la ley y en las condiciones fijadas por ella" [Planiol, t. II, núm. 566]. Esta especie es la única que reglamenta nuestros códigos civiles y es de la que hemos tratado en los cinco capítulos anteriores.



1414. *Compensación facultativa o convencional.* "La compensación facultativa es aquella que opera por la voluntad de las partes, cuando la ausencia de una de las condiciones prescritas impide la compensación legal. Así, una de las deudas no es líquida o exigible, o resulta de un depósito o sus objetos no son fungibles o uno de estos objetos es inembargable. La compensación que no puede funcionar de pleno derecho va sin embargo a cumplirse si aquél en cuyo interés estaba descartada por la ley acepta que se realice. Necesita, pues, la voluntad de una sola de las partes o su voluntad común, según que la condición que falta para la compensación legal está establecida en su interés común o en el de una sola de ellas. Basta que aquel que tenía derecho al beneficio del término renuncie a él, que el depositante o el acreedor del crédito inembargable acepte la compensación. Pero es necesario el acuerdo de los dos interesados, si el plazo se ha estipulado en su provecho común o si el obstáculo proviene de la ausencia de liquidez" [Planiol, Ripert, Esmein, Radouant et Gabolde, t. VII, núm. 1292]. En el mismo sentido puede verse Planiol [t. II, número 594]. A esta compensación alude la segunda parte de los artículos 1573 del código de 1884 y 2188 del código de 1928, cuando dice que las deudas que no sean líquidas y exigibles sólo podrán compensarse por consentimiento expreso de los interesados.

1415. *Compensación judicial.* "La compensación judicial es pronunciada por el juez, cuando el deudor demandado sobre el cumplimiento de una deuda opone un crédito en contra del demandante cuando este crédito no reúne las condiciones requeridas para la compensación legal... De hecho se trata siempre de las condiciones de liquidez o de certidumbre... ...la compensación judicial implica de parte del deudor demandado una demanda reconvencional, en la cual reclama el reconocimiento de su propio crédito, su evaluación y la extinción hasta la debida concurrencia de las dos obligaciones" [Planiol, Ripert, Esmein, Radouant et Gabolde, t. VII número 1296].

1416. *Opiniones diversas.* Colin y Capitant [t. II, núm. 347] y Hémard [t. II, núms. 1741-1743] consideran que no hay más que una compensación que es la legal, que la compensación convencional no tiene de compensación más que el nombre, pues es una doble dación en pago y que en esta llamada compensación y en la pretendida compensación judicial no se encuentran los caracteres de lo que el código civil llama compensación. Respecto de estas opiniones considero que no es de aceptarse lo que se refiere a la compensación convencional, pues los artículos de nuestros códigos citados en el número 1414 de este tomo sí la consideran con tal carácter. Por el contrario creo que tienen razón Colin y Capitant y Hémard cuando afirman que los caracteres de la compensación no se encuentran en la llamada compensación judicial, que en realidad es una reconvención.

## TÍTULO QUINTO

## LA CONFUSIÓN

1417. *Tabla A*

C. a. 1599.—C. P. 796.—G. 1156.—C. N. 1300.—C. v. 2206
" " 1600.—C. P. 797.—G. 1158.—C. N. 1301.
" " 1601.—C. P. 798.—G. 1158.—C. N. 1301.
" " 1603.—C. P. 800.—C. v. 2208.

1418. *Tabla B*

C. v. 2206.—C. O. 118.—C. a. 1599.
" " 2207.—C. a. 1602.
" " 2208.—C. a. 1603.

1419. BIBLIOGRAFIA. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XIV, núms. 1897-1915; PLANIOL, t. II, núms. 598-602; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, t. VII, núms. 1299-1302; COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 350-351; JOSSERAND, t. II, núms. 945-948; HÉMARD, t. II, núms. 1757-1758; BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis*, t. II, núms. 372-376; LAURENT, t. XVIII, núms. 484-507; AUBRY et RAU, t. IV, párrafo 330, págs. 241-243; POTHIER: *Traité des obligations*, núms. 641-648; Repertorio FUZIER-HERMAN, CARPENTIER et FRÉTOUAN du SAINT: palabra "Confusion", t. XIII; FUZIER-HERMAN: *Code Civil annoté*. Anotaciones a los artículos citados con C. N. en la Tabla A; GARCÍA GOYENA: *Comentarios a los artículos citados con G en la Tabla A*; CUNHA GONÇALVES, t. V, núms. 636-637; ALVES MOREIRA, t. II, párrafo 20, núms. 94-96; DÍAS FERREIRA: *Comentarios a los artículos citados con las letras C. P. en la Tabla A*; TUHR, t. II, párrafo 77, págs. 579-582; ROSSEL, t. I, núms. 250-252; SCHNEIDER et FICK, t. I, págs. 252-253.

1420. *Definición.* Confusión es la reunión de las calidades de acreedor y de deudor en una misma persona [arts. 2206 del código de 1928 y 1599 del código de 1884; Alves Moreira, t. II, núm. 94, pág. 277; Tuhr, t. II, pág. 579] "Las calidades de acreedor y de deudor se refieren a la misma obligación" [Alves Moreira, lugar citado].

1421. *Efectos.* Por el hecho de la confusión se extinguen el crédito y la deuda [art. 1599 del código de 1884], esto es, la obligación bajo sus



dos aspectos activo y pasivo [Alves Moreira, lugar citado] o en términos más concretos, la obligación se extingue por la confusión [art. 2206 del código de 1928; Tuhr, t. II, pág. 579].

La razón de este efecto es la siguiente: "Por la confusión se vuelve imposible el ejercicio del derecho creditorio contra el deudor, puesto que, siendo la misma persona sujeto activo y pasivo, el acreedor no puede proceder contra sí mismo" [Alves Moreira, t. II, núm. 94, pág. 277]. "El crédito es, por definición, una relación jurídica entre dos personas, el acreedor y el deudor; por consiguiente ninguno puede ser su propio acreedor ni su propio deudor" [Tuhr, t. II, párrafo 77, pág. 579].

1422. *Caso de confusión.* La confusión se produce a consecuencia de una adquisición del crédito por acto entre vivos [Planiol, t. II, núm. 599; Alves Moreira, t. II, núm. 94, pág. 278]. Por ejemplo el acreedor cede su crédito a su deudor.

1423. *Caso de herencia.* Según los artículos 3227 del código de 1884 y 1281 del código de 1928 "Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte". Si no hubiera más que este artículo, la conclusión sería que heredando el acreedor al deudor o viceversa habría confusión. Pero según el artículo 3700 del código de 1884 y el 1678 del código de 1928 "La aceptación en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los del heredero", por lo mismo según los artículos 1603 del código de 1884 y 2208 del código de 1928 "Mientras se hace la partición de una herencia no hay confusión cuando el deudor hereda al acreedor o éste a aquél". Estos artículos son copia del 1718 del código de 1870, refiriéndose al cual dice la exposición de motivos "En el 1818 se hizo una modificación respecto de los términos en que establecen sus preceptos los códigos modernos; porque en el sistema adoptado por la comisión no es ya necesario expresar, que la herencia se acepta con beneficio de inventario, para que el heredero no quede obligado a más de lo que recibe, y por eso establece la confusión indistintamente para después de la partición: antes de ésta conservará el acreedor todos sus derechos contra la herencia". Así pues, puede haber confusión si el crédito que existe en la herencia a cargo de un heredero se le aplica a éste en la partición.

## TÍTULO QUINTO

## LA CONFUSION

1417. *Tabla A*

C. a: 1599.—C. P. 796.—G. 1156.—C. N. 1300.—C. v. 2206
„ „ 1600.—C. P. 797.—G. 1158.—C. N. 1301.
„ „ 1601.—C. P. 798.—G. 1158.—C. N. 1301.
„ „ 1603.—C. P. 800.—C. v. 2208.

1418. *Tabla B*

C. v. 2206.—C. O. 118.—C. a. 1599.
„ „ 2207.—C. a. 1602.
„ „ 2208.—C. a. 1603.

1419. BIBLIOGRAFIA. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XIV, núms. 1897-1915; PLANIOL, t. II, núms. 598-602; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, t. VII, núms. 1299-1302; COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 350-351; JOSSERAND, t. II, núms. 945-948; HÉMARD, t. II, núms. 1757-1758; BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis*, t. II, núms. 372-376; LAURENT, t. XVIII, núms. 484-507; AUBRY et RAU, t. IV, párrafo 330, págs. 241-243; POTHIER: *Traité des obligations*, núms. 641-648; Repertorio FUZIER-HERMAN, CARPENTIER et FREREJOUAN du SAINT: palabra "Confusion", t. XIII; FUZIER-HERMAN: *Code Civil annoté*. Anotaciones a los artículos citados con C. N. en la Tabla A; GARCÍA GOYENA: *Comentarios a los artículos citados con G en la Tabla A;* CUNHA GONÇALVES, t. V, núms. 636-637; ALVES MOREIRA, t. II, párrafo 20, núms. 94-96; DÍAS FERREIRA: *Comentarios a los artículos citados con las letras C. P. en la Tabla A;* TUHR, t. II, párrafo 77, págs. 579-582; ROSSEL, t. I, núms. 250-252; SCHNEIDER et FICK, t. I, págs. 252-253.

1420. *Definición.* Confusión es la reunión de las calidades de acreedor y de deudor en una misma persona [arts. 2206 del código de 1928 y 1599 del código de 1884; Alves Moreira, t. II, núm. 94, pág. 277; Tuhr, t. II, pág. 579] "Las calidades de acreedor y de deudor se refieren a la misma obligación" [Alves Moreira, lugar citado].

1421. *Efectos.* Por el hecho de la confusión se extinguen el crédito y la deuda [art. 1599 del código de 1884], esto es, la obligación bajo sus



dos aspectos activo y pasivo [Alves Moreira, lugar citado] o en términos más concretos, la obligación se extingue por la confusión [art. 2206 del código de 1928; Tuhr, t. II, pág. 579].

La razón de este efecto es la siguiente: "Por la confusión se vuelve imposible el ejercicio del derecho creditorio contra el deudor, puesto que, siendo la misma persona sujeto activo y pasivo, el acreedor no puede proceder contra sí mismo" [Alves Moreira, t. II, núm. 94, pág. 277]. "El crédito es, por definición, una relación jurídica entre dos personas, el acreedor y el deudor; por consiguiente ninguno puede ser su propio acreedor ni su propio deudor" [Tuhr, t. II, párrafo 77, pág. 579].

1422. *Caso de confusión.* La confusión se produce a consecuencia de una adquisición del crédito por acto entre vivos [Planiol, t. II, núm. 599; Alves Moreira, t. II, núm. 94, pág. 278]. Por ejemplo el acreedor cede su crédito a su deudor.

1423. *Caso de herencia.* Según los artículos 3227 del código de 1884 y 1281 del código de 1928 "Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte". Si no hubiera más que este artículo, la conclusión sería que heredando el acreedor al deudor o viceversa habría confusión. Pero según el artículo 3700 del código de 1884 y el 1678 del código de 1928 "La aceptación en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los del heredero", por lo mismo según los artículos 1603 del código de 1884 y 2208 del código de 1928 "Mientras se hace la partición de una herencia no hay confusión cuando el deudor hereda al acreedor o éste a aquél". Estos artículos son copia del 1718 del código de 1870, refiriéndose al cual dice la exposición de motivos "En el 1818 se hizo una modificación respecto de los términos en que establecen sus preceptos los códigos modernos; porque en el sistema adoptado por la comisión no es ya necesario expresar, que la herencia se acepta con beneficio de inventario, para que el heredero no quede obligado a más de lo que recibe, y por eso establece la confusión indistintamente para después de la partición: antes de ésta conservará el acreedor todos sus derechos contra la herencia". Así pues, puede haber confusión si el crédito que existe en la herencia a cargo de un heredero se le aplica a éste en la partición.

## TÍTULO SEXTO

## LA REMISION

1424. *Tabla A*

C. a. 1648.—C. P. 815.—C. v. 2209.
" " 1650.—G. 1142.—C. N. 1283.—C. v. 2091.
" " 1651.—C. N. 1287.—G. 1143.—C. v. 2210.
" " 1653.—G. 1144.—C. v. 2212.
" " 1654.—C. N. 1286.—G. 1144.—C. v. 2210.

1425. *Tabla B*

C. v. 2209.—C. a. 1648.
" " 2210.—C. E. 1190.—C. a. 1651 y 1654.
" " 2212.—C. a. 1653.

1426. BIBLIOGRAFIA. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. IV, núms. 1767-1801; PLANIOL, t. II, núms. 604-619; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, t. VII, núms. 1304-1313; COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 352-355; JOSSERAND, t. II, núms. 950-958; HÉMARD, t. II, núms. 1753-1756; BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis*, t. II, núms. 335-351; LAURENT, t. XVIII, núms. 333-378; AUDRY et RAU, t. IV, párrafo 323, págs. 200-210; POTHIER: *Traité des obligations*, núms. 606-622; Repertorio FUZIER-HERMAN, CARPENTIER et FRÉREJOUAN du SAINT: palabras "Remise de dette", t. XXXII; GARCÍA GOYENA: *Comentarios a los artículos citados con G en la Tabla A;* CUNHA GONÇALVES, t. V, núms. 645-648; ALVES MOREIRA, t. II, párrafo 21, núms. 97-100; DIAS FERREIRA: *Comentarios a los artículos citados con las letras C. P. en la Tabla A.*

1427. *Introducción preliminar.* Nuestros códigos, en su capítulo denominado "De la Remisión de la Deuda" contiene los artículos del tenor siguiente. Código de 1884. "Artículo 1648. Es libre cualquiera para renunciar su derecho y para remitir, en todo o en parte, las prestaciones que le son debidas, excepto en aquellos casos en que la ley lo prohibe." Código de 1928. "Artículo 2209. Cualquiera puede renunciar su derecho y remitir, en todo o en parte, las prestaciones que le son debidas, excepto en aquellos



casos en que la ley lo prohibe." En realidad estos artículos se refieren a dos nociones diferentes: la remisión y la renuncia [véase Alves Moreira, t. II, núm. 97, y Cunha Gonçalves, t. V, núm. 645, pág. 129].

1428. *Noción de la remisión.* Según el diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, remisión es la acción de remitir y remitir es perdonar, eximir o libertar de una obligación. Cunha Gonçalves enseña que remisión "es la exención de la obligación que el acreedor concede al deudor sin recibir nada de éste" [t. V, núm. 645, pág. 129].

La remisión "tiene su causa en el espíritu de liberalidad del acreedor y su efecto directo e inmediato consiste, en libertar al patrimonio del deudor de un elemento negativo correspondiente al valor pecunario de la prestación... por el perdón se extinguen las obligaciones" [Alves Moreira, t. II, núm. 97, págs. 283-284]. Para Cunha Gonçalves la remisión es también, por su naturaleza, un acto a título gratuito [tomo V, núm. 645, página 130].

1429. *Noción de la renuncia.* "Tanto en el lenguaje usual, como en la terminología jurídica, llámase renuncia al desistimiento, espontáneo o convencional, de un derecho adquirido o de una garantía o de una facultad o ventaja patrimonial o moral, hecha por el respectivo titular... Mientras que el perdón sólo puede realizarse a favor de personas determinadas, o sea, entre el acreedor y el deudor, la renuncia puede darse en relación a personas indeterminadas; por ejemplo la repudiación de una herencia puede resultar en provecho de cualesquier herederos desconocidos... Por otra parte, ciertas personas pueden sacar provecho de la renuncia de otra, no por efecto directo de la misma renuncia, sino de las consecuencias legales de ella; por ejemplo... la renuncia a la herencia o al legado mejora la parte de los coherederos... en materia de obligaciones, la renuncia, para ser desde luego eficaz, tendrá que ser dirigida al deudor o al acreedor. La simple declaración hecha al tercero, en mero propósito de no usar del derecho, no equivalen a renuncia" [Cunha Gonçalves, t. V, núm. 646, páginas 135-136. En sentido semejante puede verse Alves Moreira, t. II, número 98].

1430. *¿La remisión y la renuncia son actos jurídicos unilaterales o bilaterales?* Alves Moreira opina que la remisión tiene la naturaleza de acto jurídico bilateral y que la renuncia es unilateral [t. II, núm. 97, páginas 284-286 y núm. 98, pág. 288]. Cunha Gonçalves sostiene que la remisión y la renuncia son por naturaleza actos unilaterales, aunque pueden ser convencionales [t. V, núm. 645, pág 129-130 y núm. 646, pág. 136]. A favor de la solución de que son actos por su naturaleza unilaterales pueden invocarse los términos de los artículos de nuestros códigos cuando dicen que "Es libre cualquiera para renunciar su derecho y para remitir...", etc.

y que "Cualquiera puede renunciar su derecho y remitir...", etc. [véase núm. 1427 de este libro].

1431. *Presunciones.* Código de 1884. "Artículo 1650. El deudor en cuyo poder se halla el documento que justifica la obligación, tiene en su favor la presunción de remisión o pago, mientras el acreedor no prueba lo contrario." "Artículo 1653. La devolución de la prenda es presunción de la remisión del derecho a la misma prenda si el acreedor no prueba lo contrario." "Artículo 1654. Por la remisión de la prenda no se presume la remisión de la deuda." Código de 1928. El artículo 2212 es igual al 1653 del código anterior.

## TÍTULO SÉPTIMO

## LA PRESCRIPCION

1432. *Tabla A*

C. a. 1059.—G. 1933.—C. N. 2219.—C. v. 1135.
" " 1060.—C. P. 505, párrafo único.—C. v. 1136.
" " 1061.—C. P. 506-G. 1937.—C. v. 1137.
" " 1063.—C. v. 1140.
" " 1065.—C. v. 1141.
" " 1066.—C. v. 1141.
" " 1067.—G. 1940.—C. N. 2221.—C. v. 1142.
" " 1068.—G. 1940.—C. N. 2222.—C. v. 1141.
" " 1069.—C. P. 509.—G. 1942.—C. N. 2225.—C. v. 1143.
" " 1075.—C. v. 1147.
" " 1076.—C. v. 1148.
" " 1078.—C. v. 1150.
" " 1091.—C. N. 2262.—C. P. 536.—C. v. 1158 y 1159.
" " 1092.—C. v. 1160.
" " 1095.—G. 1972, 1973 y 1976.—C. P. 538, 539 540 y 541 C. N. 2271 y 2272.—C. v. 1161.
" " 1096 a 1102.—C. v. 1161.
" " 1103.—C. P. 543.—G. 1971.—C. N. 2277.—C. v. 1162.
" " 1105.—C. P. 545.
" " 1108.—C. P. 546.—G. 1938.—C. v. 1164.
" " 1109.—C. P. 548.—C. N. 2251.—G. 1991.—C. v. 1165.
" " 1110.—C. P. 549.—C. N. 2252.—C. v. 1166.
" " 1115.—C. P. 551.—C. v. 1167.
" " 1116.—C. P. 551 3º.
" " 1117.—C. P. 552.—C. v. 1168.
" " 1118.—C. P. 554.—C. v. 1169.
" " 1119.—C. P. 554, párrafo único.—C. v. 1170.
" " 1120.—C. P. 555.—G. 1989.—C. v. 1171.
" " 1121.—C. P. 556.—C. v. 1172.
" " 1122.—C. P. 557.—C. v. 1173.
" " 1123.—C. P. 558.—C. v. 1174.
" " 1124.—C. P. 559.—C. v. 1175.
" " 1125.—C. P. 560.—C. v. 1176.

„ „ 1126.—C. v. 1177.
„ „ 1127.—C. P. 561.—C. v. 1178.
„ „ 1128.—C. P. 562.—G. 1945.—C. N. 2260.—C. v. 1179.
„ „ 1129.—C. P. 563.—G. 1945.—C. v. 1180.

1433. *Tabla B*

C. v. 1135.—C. a. 1059.
„ „ 1136.—C. a. 1060.
„ „ 1137.—C. a. 1061.
„ „ 1140.—C. a. 1063.
„ „ 1141.—C. E. 1935.—C. a. 1064, 1065 y 1066.
„ „ 1142.—C. a. 1067.
„ „ 1143.—C. a. 1069.
„ „ 1147.—C. a. 1075.
„ „ 1148.—C. a. 1076.
„ „ 1150.—C. a. 1078.
„ „ 1158.—C. a. 1091.
„ „ 1159.—C. a. 1091.
„ „ 1160.—C. a. 1092.
„ „ 1161.—C. a. 1095 a 1102.
„ „ 1162.—C. a. 1103.
„ „ 1163.—C. a. 1105.
„ „ 1164.—C. a. 1108.
„ „ 1165.—C. a. 1109.
„ „ 1166.—C. Com. 1048.—C. a. 1110.
„ „ 1167.—C. a. 1115.
„ „ 1168.—C. a. 1117.—C. Com. 1041 y 1042.
„ „ 1172.—C. a. 1121.
„ „ 1173.—C. a. 1122.
„ „ 1175.—C. a. 1124.
„ „ 1176.—C. a. 1125.
„ „ 1177.—C. a. 1126.
„ „ 1178.—C. a. 1127.
„ „ 1179.—C. a. 1128.
„ „ 1180.—C. a. 1129.

1434. BIBLIOGRAFIA. PLANIOL, t. II, núms. 630-706; COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 357-371; JOSSERAND, t. II, núms. 966-1006; HÉMARD, t. II, núms. 1759-1778; AUBRY et RAU, t. VIII, párrafos 771-776; POTHIER: *Traité des obligations*, t. II, núms. 677-728; BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER: *Traité Tèorique et Pratique de Droit Civil*, t. XXVIII, con exclusión de los párrafos que se refieren a la prescripción adquisitiva; LAURENT, t. XXXII, con la misma exclusión indicada; FUZIER-HERMAN, CARPENTIER et FREREJOUAN du SAINT: *Répertoire*, etc., t. XXXI, palabra "Prescription" (mat. civ.) con la



repetida exclusión; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, t. VIII, núms. 1325-1405; GARCÍA GOYENA: *Comentarios a los artículos citados con G en la Tabla A*; CUNHA GONÇALVES, t. III, núms. 411-413, 415, 417, 420 427-448; DÍAS FERREIRA: *Comentarios a los artículos del Código portugués citados con las letras C. P. en la Tabla A*; GIORGI, t. VIII, núms. 212-405

## CAPÍTULO PRIMERO

### *Nociones generales*

1435. *Advertencia.* Nuestros códigos civiles en un mismo título tratan de dos especies distintas de prescripción, la positiva y la negativa, estableciendo reglas comunes a las dos, y reglas exclusivamente ya de una ya de otra. Nosotros en el presente título vamos a ocuparnos sólo de la prescripción negativa, designada también en la doctrina como prescripción liberatoria o extintiva [Baudry-Lacantinerie et Tissier, t. XXVIII, núm. 24].

1436. *Definición.* Se llama prescripción negativa la exoneración de obligaciones por no exigirse su cumplimiento mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley [arts. 1059 y 1060 del código de 1884 y 1135 y 1136 del código de 1928]. Por esta definición legal se ve que los elementos de la prescripción negativa son: *a)* La inacción del acreedor, que no exige el cumplimiento de la obligación y *b)* El transcurso de cierto tiempo por el cual dura esa inacción.

El efecto de la prescripción es librar al acreedor de su obligación [artículos 1059 del código de 1884 y 1135 del código de 1928], la cual se extingue [Baudry-Lacantinerie et Tissier, t. XXVIII, núm. 25; Planiol, Ripert, Radouant et Gabolde, t. VI, núm. 1325].

1437. *Fundamento.* "La prescripción es... una institución necesaria para la estabilidad de todos los derechos... la pérdida del recibo o la destrucción voluntaria de este documento después de cierto lapso de tiempo puede poner al deudor en la imposibilidad de probar su liberación respecto del acreedor que le demande un nuevo pago... Sin ella, no habría... paz entre los particulares ni orden en el Estado. Podrá algunas veces herir la equidad; pero colocándose en un punto de vista más elevado, Bigot Preameneu tiene razón de decir que la justicia general es satisfecha y en consecuencia los intereses privados que pueden ser lesionados deben ceder a la necesidad de mantener el orden social. Es el verdadero y principal fundamento de la prescripción... También es una necesidad social que los derechos no puedan ejercitarse indefinidamente... Todo derecho debe tener un fin, dice Troplong y el Estado está interesado en que los derechos no queden demasiado tiempo en suspenso" [Baudry-Lacantinerie et Tissier, t. XXVIII, núms. 27-29].

## CAPÍTULO SEGUNDO

### *Plazos*

1438. *Regla general.* El código de 1884 en su artículo 1091 dispone que "La prescripción negativa se verifica, haya o no buena fe, por el solo lapso de veinte años contados desde que la obligación pudo exigirse conforme a derecho". El código de 1928 establece que: "Artículo 1158. La prescripción negativa se verifica por el solo transcurso del tiempo fijado por la ley." "Artículo 1159. Fuera de los casos de excepción, se necesita el lapso de diez años, contado desde que una obligación pudo exigirse, para que se extinga el derecho de pedir su cumplimiento."

1439. *Diversidad de plazos.* Además del plazo a que se refiere el párrafo anterior, nuestros códigos fijan para la prescripción, según los casos, plazos variables que se encuentran en diversos lugares, especialmente en el título de la prescripción. En este título el código de 1884 señala casos de prescripción de dos, tres, cinco y veinte años [arts. 1093 a 1108] y el código de 1928, de dos y cinco años [arts. 1161 a 1164].

1440. *Obligaciones imprescriptibles.* Tales son las de dar alimentos. [arts. 1092 del código de 1884 y 1160 del código de 1928].

1441. *Cómputo del plazo.* Nuestros códigos establecen la manera de contar el tiempo para la prescripción en los artículos que dicen: "El tiempo para la prescripción se cuenta por años y no de momento a momento, excepto en los casos en que así lo determine la ley expresamente." "Los meses se regularán con el número de días que les correspondan." "Cuando la prescripción se cuente por días, se entenderán éstos de veinticuatro horas naturales, contadas de las veinticuatro a las veinticuatro" o sea "contadas de doce a doce de la noche". "El día en que comienza la prescripción se cuenta siempre entero, aunque no lo sea; pero aquel en que la prescripción termina, debe ser completo." "Cuando el último día sea feriado, no se tendrá por completa la prescripción, sino cumplido el primero que siga, si fuere útil" [arts. 1176 a 1180 del código de 1928 y 1125 a 1129 del código de 1884].

## CAPÍTULO TERCERO

### *Suspensión e interrupción*

### SECCION 1ª SUSPENSION

1442. *Preceptos legales.* Sobre esta materia el código de 1928 contiene los artículos que a continuación transcribo. "Artículo 1165. La prescripción puede comenzar y correr contra cualquiera persona, salvas las



siguientes restricciones. Artículo 1166. La prescripción no puede comenzar ni correr contra los incapacitados, sino cuando se haya discernido su tutela conforme a las leyes. Los incapacitados tendrán derecho de exigir responsabilidad a sus tutores cuando por culpa de éstos no se hubiere interrumpido la prescripción. Artículo 1167. La prescripción no puede comenzar ni correr: I. Entre ascendientes y descendientes, durante la patria potestad, respecto de los bienes a que los segundos tengan derecho conforme a la ley; II. Entre los consortes; III. Entre los incapacitados y sus tutores o curadores, mientras dura la tutela...; V. Contra los ausentes del Distrito Federal que se encuentren en servicio público; VI. Contra los militares en servicio activo en tiempo de guerra, tanto fuera como dentro del Distrito Federal." Lo mismo, con algunas variantes y distinciones, se encuentra en el código de 1884, artículos 1109 a 1115.

### SECCION 2ª INTERRUPCION

1443. *Causas.* Según el código de 1928, artículo 1168 "La prescripción se interrumpe: ...II. Por demanda u otro cualquier género de interpelación judicial notificada... al deudor... Se considerará la prescripción como no interrumpida por la interpelación judicial, si el actor desistiese de ella, o fuese desestimada su demanda; III. Porque la persona a cuyo favor corre la prescripción reconozca expresamente, de palabra o por escrito, o tácitamente por hechos indudables, el derecho de la persona contra quien prescribe. Empezará a contarse el nuevo término de la prescripción en caso de reconocimiento de las obligaciones, desde el día en que se haga; si se renueva el documento, desde la fecha del nuevo título y si se hubiere prorrogado el plazo del cumplimiento de la obligación, desde que éste hubiere vencido". El código de 1884 en su artículo 1117 se ocupa de esta materia de manera semejante al código de 1928.

1444. *Efecto.* "El efecto de la interrupción es inutilizar, para la prescripción, todo el tiempo corrido antes de ella" [arts. 1124 del código de 1884 y 1175 del código de 1928].

1445. *Caso de varios deudores.* "Para que la prescripción de una obligación se interrumpa respecto de todos los deudores no solidarios, se requiere el reconocimiento o citación de todos" [arts. 1122 del código de 1884 y 1173 del código de 1928].

## CAPÍTULO CUARTO

### *Renuncia*

1446. *Renuncia anticipada.* El código de 1884 contiene la disposición del tenor siguiente: "El derecho de librarse de una obligación por prescrip-

ción negativa puede renunciarse; pero la renuncia sólo producirá el efecto de duplicar los plazos, con tal que duplicados no excedan en ningún caso de veinte años. Los plazos se contarán desde el día en que se haya hecho la renuncia [art. 1065].

El código de 1928 difiere del anterior, diciendo que las personas no pueden renunciar el derecho de prescribir para lo sucesivo [art. 1141]. Manresa comenta este precepto en estos términos: la prescripción es "de derecho público por hallarse establecida principalmente en pro de un interés social, y en su virtud no puede admitirse la renuncia de ella de antemano y con carácter general, pues si esto fuera posible llegaría a ser completamente ineficaz dicha institución, porque en todos los contratos se exigiría esa renuncia" [t. XII, págs. 734-735]. En el mismo sentido puede verse Planiol, Ripert, Esmein, Radouant y Gabolde [t. VII, núm. 1388].

1447. *Renuncia de la prescripción adquirida.* Puede renunciarse la prescripción ya consumada [art. 1066 del código de 1884], o sea la prescripción ganada [art. 1141 del código de 1928]. Refiriéndose Manresa a esta renuncia dice que: "entonces existe creado un derecho de orden puramente particular o privado, cuya subsistencia únicamente interesa al que hubiere adquirido ese derecho, y no afectando al derecho público o al interés social puede renunciarle, como cualquier otro derecho que forme parte de su peculiar patrimonio... Por eso... el código la autoriza [t. XII, página 735].

1448. *Renuncia de la prescripción en curso.* El artículo 1066 del código de 1884 equipara la prescripción que ha comenzado a correr a la consumada, declarando que puede renunciarse. El código de 1928 no menciona expresamente este caso; pero debe considerarse regido por el mismo precepto que el establecido para la renuncia de la prescripción consumada, en el concepto de que, como dice Planiol: "la renuncia vale entonces por lo pasado" [t. II, núm. 700. En el mismo sentido Baudry-Lacantinerie et Tissier, t. XXVIII, núm. 93].

1449. *Renuncia tácita.* "La renuncia de la prescripción es expresa o tácita, siendo esta última la que resulta de un hecho que importa el abandono del derecho adquirido" [arts. 1067 del código de 1884 y 1142 del código de 1928].

1450. *Capacidad.* El código de 1928 expresamente dice que las personas con capacidad para enajenar son las que pueden renunciar la prescripción ganada. La misma solución debe adoptarse bajo el código de 1884, pues la renuncia es un acto de disposición [véase núm. 455 de este libro].

1451. *Acción pauliana.* "Los acreedores y todos los que tuvieren legítimo interés en que la prescripción subsista, pueden hacerla valer aunque el deudor... haya renunciado los derechos en esa virtud adquiridos" [artículos 1069 del código de 1884 y 1143 del código de 1928].



## CAPÍTULO QUINTO

### *Fijación convencional del plazo*

1452. *Cláusulas extensivas.* "¿Se podría... prolongar la duración de la prescripción y reservarse, como acreedor, el derecho de obrar durante más años o meses que los que da la ley para ello? La opinión general es aquí... conforme a los verdaderos principios; se decide que estas prolongaciones convencionales de la prescripción son nulas, como equivalentes a una renuncia anticipada. Si se les autorizara, se vería rápidamente introducirse prescripciones de cincuenta o de cien años, quizá de mil. Los convenios privados suprimirían de hecho la prescripción" [Planiol, t. II, núm. 649]. Esta doctrina es la aplicable según el código de 1928; pero según el código de 1884 debe admitirse la cláusula limitada a un tiempo que sea doble del plazo fijado por la ley y sin que pueda exceder de diez años [véase el núm. 1446 de este libro].

1453. *Cláusulas restrictivas.* El orden público exige, en general... que el tiempo de la prescripción no sea aumentado por una renuncia anticipada, pero no exige que no sea reducido... la disposición del artículo 2220 que prohibe renunciar a la prescripción y de hacer así a las acciones perpetuas, lejos de recibir ataque alguno, se concilia perfectamente con la estipulación que tiende a encerrar el ejercicio de ciertas acciones en límites más estrechos que los de la prescripción ordinaria... La jurisprudencia está fijada en este sentido: que la abreviación convencional de los plazos de prescripción es válida siempre que no tenga, por otra parte, nada de contrario al orden público" [Baudry-Lacantinerie et Tissier, tomo XXVIII, número 96].

Colin y Capitant refiriéndose a las cláusulas de que estamos tratando dicen que "de hecho, no se encuentran sino en la especie de contratos a los que se da el nombre de contratos de adhesión, es decir en los cuales una de las partes, en virtud de su potencia económica da la ley a la otra y le impone condiciones que esta última no puede discutir" [t. II, núm. 364, pág. 345]. Respecto de las mismas cláusulas dice Planiol que: "racionalmente estos convenios no deberían admitirse: la organización de la prescripción es cosa de interés general sobre la cual los convenios privados no deberían tener efecto" [t. II, núm. 648]. Esta tesis encuentra fundamento en nuestros artículos 1078 del código de 1884 y 1150 del código de 1928, que dice: "Las disposiciones de este título, relativas al tiempo y demás requisitos necesarios para la prescripción sólo dejarán de observarse en los casos en que la ley prevenga expresamente otra cosa."

## CAPÍTULO SEXTO

### *Caducidad y prescripción*

1454. BIBLIOGRAFIA. BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, t. XXVIII, núms. 36-40 y 96 ter; AUBRY et RAU, t. VIII, párrafo 771, pág. 426, texto y notas 8 y 9, pág. 427, texto y notas 16 y 17, pág. 428, texto y notas 19 y 20; FUZIER-HERMAN, CARPENTIER et FREREJOUAN du SAINT: *Repertoire*, etc., t. XV, *Vº Decheance;* PLANIOL, t. II, núms. 704-706; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, t. VII, núms. 1402-1403; JOSSERAND, t. II, núms. 1002-1006; LAURENT, t. XXXII, núm. 10; CUNHA GONCALVES, t. III, núm. 420, págs. 670-680; GIORGI, t. VIII, núm. 225; COVIELLO, párrafo 150, págs. 478-481; RUGGIERO, t. I, pág. 335.

1455. *Dificultad de la distinción.* "Es una cuestión de las más difíciles y de las más oscuras la que consiste en distinguir la prescripción extintiva de las caducidades que pueden, después de cierto plazo, afectar a aquellos que no han ejercitado un derecho abierto en su provecho, notificado un acto o intentado una acción judicial... Merlin enseña que se debe tener por constante que las caducidades son susceptibles de la aplicación de todas las reglas propias de las prescripciones liberatorias, a menos que la ley no disponga de otra manera, sea en términos expresos, sea de una manera implícita con relación a algunas. Esta manera de ver ha sido combatida por los autores que después de Merlin han estudiado la prescripción: Troplong, Leroux de Bretagne, Laurent, Aubry et Rau han tratado de establecer distinciones entre las caducidades y las prescripciones. No creemos que hayan netamente esclarecido el punto obscuro que consiste en saber en qué caso se trata de una caducidad y en qué casos al contrario se trata de una prescripción extintiva. Por otra parte, hay que confesar que la cuestión no presenta por sí misma gran interés práctico; porque se puede uno poner de acuerdo sobre la regla que hay que aplicar a ciertos plazos fijados por la ley, sin que sea necesario discutir sobre el nombre que hay que darles en una clasificación de las caducidades y de las prescripciones [Baudry-Lacantinerie et Tissier, t. XXVIII, núm. 36].

1456. *Casos de caducidad.* "Es necesario desde luego, en nuestra opinión, dejar a un lado las caducidades que pueden resultar de la expiración de los plazos fijados por convenios particulares o por decisiones de los tribunales para el cumplimiento de un hecho, la ejecución de una prestación, la manifestación de una voluntad o el ejercicio de una opción o de una facultad; no tienen sino una relación lejana con la prescripción; se aprecian según la voluntad de las partes o de los jueces; no son prescripciones. Es preciso también poner a un lado las reglas de procedimiento que imponen la notificación o la confección de ciertos actos en un tiempo determinado, so pena de caducidad... En fin, hay casos en que el Legislador concede un derecho cuya adquisición está subordinada a una manifestación de voluntad en cierto plazo o bien aún, permitiendo una opción, fija en un tiempo restringido el plazo dado para tomar partido... He aquí tres categorías de hipótesis en donde encontramos caducidades que no se podrían confundir con la prescripción..." [Obra citada en el número anterior, números 37-38.]



1457. *Casos de prescripción.* "Pero se ha querido ir más lejos, Aubry et Rau enseñan que, cuando la ley no concede una acción sino a condición de que sea ejercitada en un tiempo determinado, la expiración del tiempo implica caducidad; no es, dicen ellos, una prescripción extintiva: no hay ahí que hacer intervenir la idea de negligencia en el fundamento de la caducidad; hay como un término legal extintivo que ataca al derecho mismo... Esta teoría y la clasificación, que es la aplicación de ella, nos parecen poco exactas. La prescripción extintiva, desde luego, no afecta solamente a la acción, afecta también al derecho y no se puede establecer desde este punto de vista un criterio de distinción entre las prescripciones y las caducidades... En fin, en todos estos casos no es exacto, en nuestra opinión, decir que no hay idea de negligencia que sirva de base a la pérdida del derecho: lo mismo que en materia de prescripción ordinaria, la ley quiere aquí impedir que se intenten ciertas acciones después de cierto plazo; se propone aún atacar la negligencia de aquellos que no hubieran tomado a tiempo sus disposiciones para ponerse en regla con ella. Para nosotros, en todos los casos en que los textos del Código civil... limitan a cierto tiempo el ejercicio de una acción, nos parece que se trata de prescripción y, a este respecto, la teoría de Merlin nos parece exacta. [Obra citada en los párrafos anteriores, núm. 38.]

1458. *Cláusula de prescripción convencional.* Baudry-Lacantinerie y Tissier, después de exponer lo que hemos transcrito de estos autores en el número 1453 del presente título, agregan lo siguiente: "Frecuentemente se ha considerado que no se trata ahí de verdaderas prescripciones, sino más bien de caducidades convencionales. Pero es un punto de vista, en nuestra opinión, inexacto. La extinción de una acción por la expiración de cierto plazo es una prescripción; es una prescripción convencional abreviada. Hay aquí, si se quiere, una caducidad: pero es una caducidad que resulta de la prescripción. Disminuyendo la duración de la prescripción, los contratos no modifican su fin y su carácter. Se trata siempre de prescripción. Pero sería necesario guardarse de deducir de este dato que las reglas del Código civil sobre la interrupción de la prescripción deban aplicarse sin restricción. Una prescripción convencional está sometida al convenio que la ha establecido; es el convenio el que se trata ante todo, en la medida en que la ley puede ser modificada por las partes, de interpretar y de aplicar." [Obra citada en los párrafos anteriores, núm. 96 ter.]

*LIBRO SEPTIMO*

# *LAS OBLIGACIONES COMPLEXAS*

## PRIMERA PARTE

## LA PLURALIDAD DE SUETOS

### 1459. *Tabla A*

C. a. 1073.—C. v. 1145.
„ „ 1074.—C. v. 1146.
„ „ 1118.—C. P. 554.—C. v. 1169.
„ „ 1119.—C. P. 554 párrafo único.—C. v. 1170.
„ „ 1120.—C. P. 555.—G. 1989.—C. v. 1171.
„ „ 1122.—C. P. 557.—C. v. 1173.
„ „ 1123.—C. P. 558.—C. v. 1174.
„ „ 1318.—G. 1083.—C. N. 1232.—C. v. 1848.
„ „ 1319.—G. 1083.—C. N. 1232.—C. v. 1849.
„ „ 1320.—G. 1083.
„ „ 1321.—G. 1084.
„ „ 1389.—G. 1056 párrafo 2.—C. N. 1197.—C. v. 1987.
„ „ 1390.—G. 1050 párrafo 1.—C. N. 1200.—C. v. 1987.
„ „ 1392.—G. 1058.—C. v. 1988.
„ „ 1394.—G. 1058.—C. N. 1202.—C. v. 2003.
„ „ 1395.—G. 1058.—C. N. 1202.—C. v. 2003.
„ „ 1396.—C. v. 2003.
„ „ 1398.—C. v. 2001.
„ „ 1399.—G. 1060.—C. N. 1198.—C. v. 1994 y 1990.
„ „ 1400.—G. 1061 párrafo 3º—C. N. 1197.—C. v. 1992.
„ „ 1401.—G. 1061.—C. v. 1991 y 1992.
„ „ 1402.—C. N. 1277.
„ „ 1403.—C. P. 752.—G. 1062.—C. N. 1203.—C. v. 1989.
„ „ 1404.—C. P. 753.—C. N. 1204.—G. 1062.—C. v. 1989.
„ „ 1405.—G. 1062.—C. N. 1210.—C. v. 1989.
„ „ 1406.—C. P. 755.—G. 1065.—C. N. 1205.—C. v. 1997.

„ „ 1407.—G. 1063 párrafo 2º, 1068 y 1069.—C. N. 1214, 1215 y 1213.—C. v. 1999.
„ „ 1408.—G. 1064.
„ „ 1405.—G. 1066.—C. N. 1210 y 1211.
„ „ 1410.—G. 1070.—C. N. 1216.—C. v. 2000.
„ „ 1411.—G. 1067.—C. N. 1208.—C. v. 1995.
„ „ 1412.—C. P. 757 y 2115.—C. v. 1998.
„ „ 1414.—C. v. 1998.
„ „ 1415.—C. v. 1993.
„ „ 1416.—C. v. 2002.
„ „ 1417.—G. 1077.—C. N. 1225.—C. v. 1998 y 2009.
„ „ 1418.—G. 1077.—C. N. 1225.—C. v. 2009.
„ „ 1457.—C. P. 731.—C. v. 2026, 1985 y 1988.
„ „ 1474.—C. v. 1917.
„ „ 1584.—G. 1127.—C. N. 1294.—C. v. 2200.
„ „ 1596.—C. P. 783.—C. v. 2060.
„ „ 1602.—C. P. 799.—G. 1159.—C. N. 1209 y 1301.—C. v. 2207.
„ „ 1614.—C. P. 808.—C. v. 2222.
„ „ 1615.—G. 1137.—C. N. 1281.—C. v. 2223.

1460. *Tabla B*

C. v. 1145.—C. a. 1073.
„ „ 1146.—C. a. 1074.
„ „ 1169.—C. a. 1118.
„ „ 1170.—C. a. 1119.
„ „ 1171.—C. a. 1120.
„ „ 1173.—C. a. 1122.
„ „ 1174.—C. a. 1123.
„ „ 1848.—C. a. 1318.
„ „ 1849.—C. a. 1319.
„ „ 1917.—C. O. 50.—C. Al. 830.—C. a. 1474.
„ „ 1984.—C. Arg. 690.
„ „ 1985.—C. E. 1137 y 1138.—C. Arg. 691.—C. a. 1457.
„ „ 1986.—C. E. 1138.—C. Arg. 691.
„ „ 1987.—C. a. 1389 y 1390.
„ „ 1988.—P. F. I. 130.—C. a. 1392 y 1457.
„ „ 1989.—C. Arg. 705.—G. 1062.—C. a. 1403, 1404 y 1405.
„ „ 1990.—C. O. 150.—C. a. 1399.
„ „ 1991.—C. E. 1143.—C. Arg. 707.—C. a. 1401.
„ „ 1992.—C. Arg. 708.—C. a. 1400 y 1401.
„ „ 1993.—C. Arg. 712.—C. a. 1415.
„ „ 1994.—C. a. 1399.
„ „ 1995.—C. E. 1148.—C. a. 1411.
„ „ 1996.—C. O. 145.



„ „ 1997.—C. E. 1147.—C. a. 1406.
„ „ 1998.—C. Arg. 712.—C. a. 1412 y 1417.
„ „ 1999.—C. N. 1214 y 1215 y C. O. 149.—C. a. 1407.
„ „ 2000.—C. a. 1410.
„ „ 2001.—C. Arg. 713.—C. N. 1199 y 1206.—C. a. 1398, 1123 y 1118.
„ „ 2002.—C. a. 1416.
„ „ 2003.—C. Arg. 667.—C. N. 1217.—C. a. 1394 y 1396.
„ „ 2004.—C. Arg. 668.—C. N. 1219.
„ „ 2006.—C. N. 1222 y 1223.—G. 1075.
„ „ 2007.—C. N. 1224.—G. 1076.
„ „ 2008.—C. Arg. 687.
„ „ 2009.—C. N. 1225.—G. 1077.—C. a. 1417 y 1418.
„ „ 2026.—C. a. 1457.
„ „ 2060.—C. a. 1596.
„ „ 2200.—C. a. 1584.
„ „ 2207.—C. a. 1602.
„ „ 2222.—C. a. 1614.
„ „ 2223.—C. a. 1615.

1461. BIBLIOGRAFIA. PLANIOL, t. II, núms. 714-804; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, t. VII, núms. 1054-1104; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XIII, núms. 1107-1342; BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis*, t. II, núms. 191-254; COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 411-435; JOSSERAND, t. II, números 749-801; HÉMARD, t. II, núms. 1638-1669; LAURENT, t. XVII, núms. 251-423; DEMOLOMBE, t. III, núms. 99-633; AUBRY et RAU, t. IV, párrafos 298-298 ter; POTHIER: *Traité des obligations*, t. I, núms. 258-337; BONNECASE: *Précis*, t. II, núms. 779, 780, 783-804; FUZIER-HERMAN, CARPENTIER et FREJOUAN du SAINT: *Repertorie*, t. XXIX, palabra "Obligations" y t. XXXIV, palabra "Solidarité"; GAUDEMET: *Obligations*, págs. 430-448; BEUDANT, números 681-764; GARCÍA GOYENA: *Comentarios a los artículos citados con G en la Tabla A;* CUNHA GONÇALVES, t. III, núm. 445 y t. IV, núms. 580-588, referencias en págs. 729-730, t. V, núm. 636, pág. 89 y núm. 644, pág. 126; ALVES MOREIRA, t. II, párrafo 4, núms. 13-16; párrafo 5, núms. 20-21; DÍAS FERREIRA: *Comentarios a los artículos citados con las letras C. P. en la Tabla A;* MANRESA, t. VIII: *Comentarios de los artículos citados con las letras C. E. en la Tabla B;* VALVERDE, t. III, págs. 34-52 y 55-63; DIEGO, t. IV, lección 7ª, págs. 114-129 y lección 9ª, págs. 146-158; BUEN: *notas de Derecho Español en la traducción del Curso Elemental del Derecho Civil* por Colin y Capitant, t. III, págs. 400-410; SALVAT: *Obligaciones*, núms. 807-826, 831-1020; COLMO, núms. 444-536; LAFAILLE: *Obligations*, t. II, núms. 295-457; TUHR, t. II, párrafo 89 a 91, págs. 676-711; ROSSEL, t. I, núm. 294-307; GIORGI, t. I, núms. 69-224, 233-290 y nota al núm. 69, de los traductores españoles; MAYNZ, t. II, párrafo 186; GIRARD, págs. 779-790; Exposición de motivos del código de 1870.

1462. *Ideas preliminares.* "La obligación puede existir, sea en provecho de varios acreedores, sea a cargo de varios deudores y esta pluralidad

de personas, de un lado o del otro, o aun de los dos lados a la vez, es un hecho frecuente... la pluralidad de deudores o de acreedores no se encuentra siempre desde el principio; a menudo es un hecho posterior el que la ha introducido: a un acreedor o a un deudor único lo han sucedido varias personas que han tomado su papel, ordinariamente a consecuencia de su muerte" [Planiol, t. II, núm. 714].

## TÍTULO PRIMERO

## LAS OBLIGACIONES A PRORRATA O SIMPLEMENTE MANCOMUNADAS

1463. *Principio.* "Cuando hay varios acreedores o varios deudores, la regla es que la deuda o el crédito se divide en tantas fracciones como hay deudores o acreedores" [Planiol, t. II, núm. 715; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 1108; Colin et Capitant, t. II, núm. 411; Laurent, t. XVII, núms. 251 y 274; Josserand, t. II, núms. 750 y 752; Demolombe t. III, núm. 105; Salvat: *Obligaciones*, núm. 805; Colmo, núm. 458] Este principio resulta de los artículos 1457, 1392 y 1394 del código de 1884 y de los artículos 1984 y 1985 del código de 1928.

1464. *Terminología.* Estas obligaciones en Derecho francés y en Derecho portugués se llaman conjuntas [Planiol, t. II, núm. 716 y demás autores franceses citados, Cunha Gonçalves, t. IV, núm. 580].

En el código de 1884 no tienen un nombre especial; pero podemos designarlas con el de obligaciones a prorrata [véase Manresa, t. VIII, pág. 184; Valverde, t. III, pág. 35; Diego, t. IV, págs. 117-118]

Según el código de 1928: "Cuando hay pluralidad de deudores o de acreedores, tratándose de una misma obligación, existe la mancomunidad" [art. 1984], y hay simple mancomunidad cuando se produce el efecto de división de la obligación a que nos referimos en el número anterior. Por lo mismo, este código en su artículo 1985 principia así: "La simple mancomunidad de deudores o de acreedores no hace que cada uno de los primeros deba cumplir íntegramente la obligación, ni da derecho a cada uno de los segundos para exigir el total cumplimiento de la misma. En este caso el crédito o la deuda se consideran divididos..."

1465. *Cómo debe hacerse la división.* El código de 1884 establece: *a)* Que el deudor sólo está obligado a responder a cada acreedor por la parte que le corresponde; y si ésta no consta, sólo está obligado a contestar siendo requerido por todos o por quien los representa legalmente [artículo 1392]; y *b)* Que "si fueren varios los obligados a prestar la misma cosa, cada uno de ellos responderá proporcionalmente", es decir, por partes iguales [Planiol, t. II, núm. 718; Alves Moreira, t. II, núm. 13], excepto

"cuando por el contrato se ha determinado otra cosa" [art. 1457, fracción III].

El código de 1928 es de una claridad y acierto mayores en sus artículos 1985 y 1986, cuando dice en el primero: "...el crédito o la deuda se consideran divididos en tantas partes como deudores o acreedores haya" y en el segundo: "Las partes se presumen iguales a no ser que se pacte otra cosa o que la ley disponga lo contrario."

*Ejemplos:* I. "Cuando dos personas compran una cosa conjuntamente, cada una de ellas no debe sino la mitad del precio. Sin embargo, el convenio de las partes puede adoptar otro modo de reparto y la desigualdad de las partes puede ser tan grande como se quiera. Este convenio puede ser expreso o tácito" [Planiol, t. II, núm. 718]. II. A presta a B y a C $ 10,000.00. El acreedor A no podrá exigir sino $ 5,000.00 en B y otros $ 5,000.00 de C. III. A y B, copropietarios de una casa, la venden a C en precio de $ 30,000.00, de los cuales C paga $ 20,000.00 y queda obligado a pagar $ 10,000.00 a los vendedores. Se trata de una obligación a prorrata o simplemente mancomunada, de manera que cada uno de los vendedores sólo podrá exigir $ 5,000.00.

1466. *Pluralidad de créditos o deudas.* Las partes de los diversos acreedores o deudores en la obligación a prorrata o simplemente mancomunada, "deben considerarse como constituyendo tantos créditos o deudas distintos unos de otros, como acreedores o deudores hay" [Aubry et Rau, t. IV, párrafo 298 bis, pág. 14. En el mismo sentido Demolombe, t. III, núm. 110; Laurent, t. XVII, núm. 251; Colin et Capitant, t. II, núm. 411; Josserand, t. II, núm. 750]. Este punto de vista está expresamente adoptado en el código de 1928, cuyo artículo 1985 en su parte final, después de decir que el crédito o la deuda se consideran divididos en tantas partes como deudores o acreedores haya, agrega que "cada parte constituye una deuda o un crédito distintos unos de otros".

1467. *Excepciones a la regla.* Si la regla común es la división de las obligaciones con pluralidad de sujetos, esta división puede impedirse por dos causas, la solidaridad y la indivisibilidad [Planiol, t. II, núm. 720], de las cuales vamos a ocuparnos en los títulos siguientes.

## TÍTULO SEGUNDO

# LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS

### CAPÍTULO PRIMERO

### *Nociones generales*

1468. *Concepto de la solidaridad.* "La solidaridad es una modalidad que supone dos o varios sujetos activos o pasivos de una misma obligación, y en virtud de la cual, no obstante la divisibilidad de esta obligación, cada acreedor puede exigir y cada deudor está obligado a efectuar el pago total, con la particularidad de que este pago extingue la obligación respecto de todos los acreedores o de todos los deudores" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 1115].

1469. *Dos especies de solidaridad.* "Cuando hay pluralidad de acreedores, esta modalidad toma el nombre de solidaridad activa; se le llama solidaridad pasiva cuando hay pluralidad de deudores [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 1115]. El código de 1884 dice que la mancomunidad puede ser activa o pasiva [art. 1388] y que los acreedores y deudores mancomunados se llaman también solidarios [art. 1391]. El código de 1928 distingue la solidaridad activa de la pasiva en su artículo 1987.

1470. *Comparación de las obligaciones a prorrata o simplemente mancomunadas con las solidarias.* En unas y en otras hay pluralidad de sujetos, pero en las primeras hay división de la obligación y en las segundas no se produce este efecto.

1471. *Acepciones.* Para el código de 1884, las palabras mancomunidad y solidaridad son sinónimas [art. 1391], de manera que, cuando en la práctica se decía que una persona se obligaba mancomunada y solidariamente, se empleaba un pleonasmo. Para el código de 1928, la mancomunidad es el género, que tiene dos especies: la mancomunidad simple y la solidaridad, como se desprende de los artículos 1984, 1985 y 1987, que ya conocemos. Este es el modo de ver argentino [Salvat: *Obligaciones,* número 802 y Lafailles: *Obligaciones,* t. II, núm. 364 y 368].

CAPÍTULO SEGUNDO

*La solidaridad entre acreedores*

## SECCION 1ª GENERALIDADES

1472. *Noción.* Según los artículos 1389 y 1391 del código de 1884, la mancomunidad o solidaridad activa "es el derecho que dos o más acreedores tienen para exigir, cada uno por sí, del deudor el cumplimiento total de la obligación". El código de 1928, en su artículo 1987, dice: "Además de la mancomunidad, habrá solidaridad activa, cuando dos o más acreedores tienen derecho para exigir, cada uno de por sí, el cumplimiento total de la obligación." Agrega el mismo código en su artículo 1989 que: "Cada uno de los acreedores o todos juntos pueden exigir... el pago total o parcial de la deuda" [Salvat: *Obligaciones,* núm. 995].

1473. *No presunción y fuentes.* Código de 1884. "Artículo 1392. La mancomunidad de acreedores nunca se presume en los contratos, sino que debe constar por voluntad expresa de los contrayentes." Código de 1928. "Artículo 1988. La solidaridad no se presume; resulta de la ley o de la voluntad de las partes."

1474. *Peligros y rarezas de la solidaridad activa.* "El inconveniente capital de este género de solidaridad es que pone a todos los acreedores a merced de cada uno de ellos, puesto que cada uno puede al vencimiento cobrar el total y apropiárselo o disiparlo" [Planiol, t. II, núm. 731]. Por esta razón la solidaridad activa no es frecuente en la práctica.

## SECCION 2ª EXTINCION DE LA OBLIGACION

1475. *Derecho romano.* "En materia de correalidad (solidaridad) activa, cada acreedor tiene sobre el crédito la misma extensión de derechos que si fuere solo, salvo que está expuesto a ser prevenido en su ejercicio por los derechos iguales de sus coacreedores. Cada uno de ellos puede exigir el pago total al deudor y el deudor debe pagar al más diligente, sin tener el derecho de reclamar el concurso de otros ni tener en ello interés alguno; porque el pago hecho a uno lo libera respecto de todos. Cada uno de ellos puede igualmente liberarlo por aceptilación, por novación y por *litis contestatio*... al contrario, en materia de *pactum de non petendo,* de confusión y de compensación, no hay prueba de que el derecho adquirido contra uno de los acreedores pueda invocarse contra los otros" [Girard, páginas 786-787].



1476. *Derecho francés.* En el antiguo derecho "cada uno de los acreedores solidarios podía, por regla general, conducirse como si hubiera sido el único dueño del crédito. Podía novarlo o hacer remisión de la deuda y este acto de disposición tenía efecto respecto de sus coacreedores, en el sentido de que, aun respecto de ellos, liberarían al deudor" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 1131].

"Bajo el imperio del Código civil, cada uno de los acreedores solidarios, sea en sus relaciones con los otros, sea aun en sus relaciones con el deudor, ya no es dueño del crédito sino en su parte; es pues solamente en esta medida en la que puede disponer de él. Si tiene el derecho de demandar el pago del excedente y de tomar las medidas necesarias para asegurar ese pago, es porque sus coacreedores le han dado poder a este efecto. Varios pasajes de los trabajos preparatorios dan fe de ello... Precisemos el sistema del derecho francés: cada uno de los acreedores solidarios representa a los otros en los procedimientos que tienden al pago, como también en los actos que tienen por efecto conservar el crédito o agregarle una ventaja nueva, sin atentar, sin embargo, a su existencia. No los representa en los actos que constituyen modos de extinción distintos del pago, por ejemplo, en la novación, aunque el nuevo crédito fuera mejor que el antiguo" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 1132].

1477. *García Goyena.* El proyecto de código español dice en su artículo 1061 que: "La quita o perdón de uno de los acreedores extingue la obligación respecto de todos..." García Goyena, comentando este precepto, dice que: "la Comisión no quiso desviarse de los principios generales y sencillos que rigen la mancomunidad de acreedores. Cada uno de ellos tiene el mismo derecho, y puede todo lo que podría siendo solo... Los acreedores manifestaron su mutua confianza al establecer la mancomunidad: en su mano estuvo exceptuar la remisión, y no lo hicieron" [t. III, pág. 96].

1478. *Código de 1884.* "Artículo 1399. El deudor de varios acreedores solidarios se libra pagando a cualquiera de éstos, a no ser que haya sido requerido judicialmente por alguno de ellos, en cuyo caso se hará el pago al demandante, previa audiencia de los demás."

"Artículo 1401. Se entiende satisfecha la obligación al acreedor solidario, no sólo por paga real, sino también por compensación, novación o remisión." Como se ve, en este precepto el código aplica el criterio del Derecho romano, del antiguo Derecho francés [así lo consideran Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIV, núm. 1167] y de García Goyena.

El propio código, de acuerdo con el francés, o sea, con criterio distinto del anterior, trata el caso de confusión, pues en su artículo 1602 se expresa así: "La confusión que se verifica en la persona del acreedor... solidario, solamente produce sus efectos en la parte proporcional de su crédito..."

1479. *Código español.* En este código existe el artículo 1143, concebido en estos términos: "La novación, compensación, confusión o remisión

de la deuda, hechas por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, extinguen la obligación..." De las explicaciones de Manresa transcribimos los párrafos siguientes: "La esencia de la solidaridad entre los acreedores consiste en la facultad de ostentar y hacer efectivos cualquiera de ellos los derechos de todos... hay, por tanto..., una representación mutua e igual, de la que ninguno puede ser excluido, sin que falte la solidaridad... Así entendida la representación que tal solidaridad supone, caben para determinar sus facultades, dos soluciones, según que se atienda más a las facultades que tal representación concede o a las restricciones que la garantía de los otros acreedores exige. La solución amplia es la tradicional, y amparada por el influjo del Derecho romano, y puede condensarse en la fórmula de que cada acreedor solidario..., puede ejecutar, respecto de los derechos de todos, los mismos actos favorables o perjudiciales que podría ejecutar siendo acreedor único. La solución restringida es más moderna: formóse en los trabajos y discusiones que precedieron al Código francés, en el cual fue sancionada... deducimos... que nuestro código viene a aceptar en rigor la solución romana" [t. VIII, págs. 199-200].

1480. *Código de 1928.* "Artículo 1994. El deudor de varios acreedores solidarios se libra pagando a cualquiera de éstos, a no ser que haya sido requerido judicialmente por alguno de ellos, en cuyo caso deberá hacer el pago al demandante."

"Artículo 1991. La novación, compensación, confusión o remisión hecha por cualquiera de los acreedores solidarios, con cualquiera de los deudores de la misma clase, extingue la obligación." Este texto es una reproducción del artículo 1143 del código español; la omisión de la letra "o", entre las palabras "solidarios" y "con", no puede atribuirse sino a una errata de imprenta. Nuestro artículo, así como el español, se refiere en su primera parte a la solidaridad activa y en su segunda parte a la solidaridad pasiva y las explicaciones de Manresa que hemos copiado en el número 1479 de este tomo son aplicables a la primera parte."

En contradicción con el artículo 1991 que acabamos de transcribir, nuestro código vigente ha copiado en su artículo 2207 el 1602 del código anterior a que nos hemos referido en el número 1478 de este libro. Creemos que en este conflicto debe prevalecer el artículo 1991, en el que el caso de confusión forma un sistema con los demás medios de extinción de las obligaciones.

## SECCION 3ª INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION

1481. *Texto legal.* "La interrupción de la prescripción a favor de alguno de los acreedores solidarios aprovecha a todos" [art. 1123 del código de 1884 y 1174 del código de 1928].



## SECCION 4ª EFECTOS ENTRE LOS ACREEDORES

1482. *Código de 1884.* Según el artículo 1400: "El acreedor que recibe el pago está obligado a entregar a sus coacreedores la parte que les corresponda, ya en virtud del convenio ya por disposición de la ley." La misma obligación tiene el acreedor con el que el deudor haya verificado novación, compensación o remisión [art. 1401].

1483. *Código de 1928.* "Artículo 1992. El acreedor que hubiese recibido todo o parte de la deuda o que hubiese hecho quita o remisión de ella, queda responsable a los otros acreedores de la parte que a éstos corresponda, dividido el crédito entre ellos."

## SECCION 5ª CASO DE HERENCIA

1484. *Código de 1884.* "Artículo 1393. En virtud de sucesión son acreedores mancomunados: I. Los herederos de un acreedor mancomunado. II. Los albaceas nombrados mancomunadamente por el testador. III. Los herederos y legatarios nombrados conjuntamente respecto de alguna cosa sin designación de partes. IV. Todas las personas llamadas simultáneamente a la misma herencia, no habiendo albacea y mientras no se practique la partición." "Artículo 1415. Cada uno de los herederos del acreedor solidario puede exigir el total complimiento de la obligación, quedando a su vez sujeto a las prevenciones de los artículos 1400 y 1401." Es decir, queda obligado a entregar a sus coherederos la parte que les corresponda ya sea en el caso de pago o en el de compensación, novación o remisión.

1485. *Código de 1928.* "Artículo 1993. Si falleciere alguno de los acreedores solidarios dejando más de un heredero, cada uno de los coherederos sólo tendrá derecho de exigir o recibir la parte del crédito que le corresponda en proporción a su haber hereditario, salvo que la obligación sea indivisible." "Por ejemplo, fallece el coacreedor A, dejando tres herederos: X, Y y Z. ¿Qué derechos tienen éstos contra el deudor que estaba obligado, para con A y otros dos acreedores más, por $ 900.00? Como el causante A podía exigir el todo, los $ 900.00, y no solamente su parte ($ 300.00), por lo mismo que se trata de una obligación solidaria, resultará que cada uno de los herederos (que supondremos son del mismo grado, y, de consiguiente, con igual título o haber hereditario) podrá exigir $ 300 y no tan sólo $ 100" [Colmo, núm. 499].

Con relación al artículo 1993 de nuestro Código civil vigente, el Código de Procedimientos Civiles establece: "Artículo 28. En las acciones mancomunadas por título de herencia o legado, sean reales o personales, se observarán las reglas siguientes: I. Si no se ha nombrado interventor ni albacea, puede ejercitarlas cualquiera de los herederos o legatarios. II. Si se ha

nombrado interventor o albacea, sólo a éstos compete la facultad de deducirlas en juicio, y sólo podrán hacerlo los herederos o legatarios, cuando requeridos por ellos, el albacea o el interventor se rehusen a hacerlo."

## CAPÍTULO TERCERO

### *La solidaridad entre deudores*

### SECCION 1ª GENERALIDADES

1486. *Noción.* Según los artículos 1390 y 1391 del código de 1884, la solidaridad o "mancomunidad pasiva es la obligación que dos o más deudores reportan de prestar, cada uno por sí, en su totalidad la cosa o hecho materia del contrato", es decir, de la obligación. El código de 1928 en su artículo 1987 establece que: "Además de la mancomunidad, habrá... solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad la prestación debida."

1487. *No presunción.* El código de 1884 tiene los preceptos siguientes: "Artículo 1394. La mancomunidad pasiva no se presume: I. Cuando la obligación consiste en la entrega de una suma de dinero o cualquiera otra cosa fungible. II. Cuando la obligación se contrae para la ejecución de un hecho o de una obra, que pueda obtenerse en su resultado final por la acción de un solo individuo o por la cooperación de varios; pero independientemente unos de otros." "Artículo 1395. En los casos del artículo que precede, la mancomunidad no existe sino en virtud de pacto expreso." Pero la falta de presunción no sólo existe en los casos mencionados sino que es la regla general, según el mismo código, como resulta de los términos del artículo 1457, a saber: "Si fueren varios los obligados a prestar la misma cosa, cada uno de ellos responderá proporcionalmente, exceptuándose los casos siguientes: I. Cuando uno de ellos se hubiere obligado solidariamente." El código de 1928 establece en términos concisos que: "La solidaridad no se presume" [art. 1988].

1488. *Importancia de la solidaridad pasiva.* Esta "es, a diferencia de la solidaridad activa, una institución de las más prácticas y de las más vivas. Aunque la situación de los codeudores solidarios sea legalmente la excepción, de hecho puede considerarse como la regla, porque... los codeudores de una misma deuda son casi siempre codeudores solidarios" [Colin et Capitant, t. II, núm. 415].

### SECCION 2ª SOLIDARIDAD VOLUNTARIA Y LEGAL

1489. *Fuentes.* El código de 1928 en su artículo 1988 dice que: "La solidaridad... resulta de la ley o de la voluntad de las partes."



1490. *Solidaridad voluntaria.* "La solidaridad pasiva constituye una garantía en provecho del acreedor contra la insolvencia eventual de uno de los codeudores. Así es que el acreedor no deja de estipularla en el documento de obligación: la estipula... cuando contrata con varios codeudores, por ejemplo, cuando presta una suma a varias personas" [Colin et Capitant, t. II, núm. 415].

1491. *Solidaridad legal.* He aquí algunos ejemplos de esta especie de solidaridad: "Siendo dos o más los comodatarios, están sujetos solidariamente a las mismas obligaciones" [art. 2678 del código de 1884 y 2410 del código de 1928]. "Si muchas personas hubiesen nombrado a un solo mandatario para algún negocio común, le quedan obligadas solidariamente para todos los efectos del mandato" [art. 2580 del código de 1928, diciendo sustancialmente lo mismo el artículo 2375 del código de 1884]. Según el artículo 2977 del código de 1884, cuando hubiere un incendio en una casa, si son varios los arrendatarios, todos son mancomunadamente, o sea, solidariamente, responsables del incendio, a no ser que se pruebe que éste comenzó en la habitación de alguno de ellos. El código de 1928 [art. 2437] no establece ya esa responsabilidad solidaria, reformando en este punto el código anterior, a imitación de la reforma que se ha hecho en Francia al código Napoleón.

### SECCION 3ª EFECTOS ENTRE EL ACREEDOR Y LOS DEUDORES

#### I. EFECTOS PRINCIPALES

1492. *Caracteres de la obligación solidaria.* Caracteriza a la obligación solidaria la unidad de objeto y la pluralidad de vínculos [Planiol, t. II, núm. 741; Cunha Gonçalves, t. IV, núm. 585; Salvat, núm. 905], de donde se derivan los efectos principales o esenciales de la solidaridad pasiva [Colin et Capitant, t. II, núm. 422].

##### A. *Unidad de objeto*

1493. *Noción.* "Los codeudores solidarios deben todos un solo y mismo objeto. He aquí las consecuencias de esta primera noción" [Colin et Capitant, t. II, núm. 423].

1494. *Primera consecuencia.* Cada deudor debe prestar por sí, en su totalidad la cosa o hecho materia del contrato [art. 1390 del código de 1884], o sea, la prestación debida [art. 1987 del código de 1928]. En otros términos, el acreedor puede exigir de alguno de los deudores, a su elección, toda la prestación a la que están obligados solidariamente, sin que el re-

querido pueda implorar el beneficio de división [art. 1403 del código de 1884]. El acreedor, pues, puede exigir de todos los deudores solidarios o de cualquiera de ellos el pago total de la deuda [art. 1989 del código de 1928]. Según los artículos 1403 del código de 1884 y 1989 del código de 1928, también puede el acreedor exigir la prestación de todos los deudores a prorrata o sea exigir el pago parcial de la deuda; pero no es esto lo que caracteriza a la obligación solidaria.

1495. *Segunda consecuencia.* "Cuando uno de los codeudores ha pagado el monto de la deuda, ésta se extingue por efecto de este pago y los vínculos obligatorios que unían al acreedor con los otros codeudores, desaparecen al mismo tiempo" [Colin et Capitant, t. II, núm. 423 B; Planiol, t. II, núm. 749]. "Excusado parece decir que el acreedor que ha recibido la prestación íntegra de uno de los deudores no podrá exigirla nuevamente a otro o a los otros; ni reclamar a éstos la prestación entera, sin descontar el pago parcial ya recibido" [Cunha Gonçalves, t. IV, número 585, pág. 641]. En el mismo sentido Salvat [núm. 914].

1496. *Tercera consecuencia.* El deudor solidario demandado puede oponer las excepciones que sean comunes a los demás codeudores [art. 1411 del código de 1884] o, en otros términos, el deudor solidario podrá utilizar contra las reclamaciones del acreedor las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación [art. 1995 del código de 1928]. Por ejemplo, si la obligación es nula por su carácter ilícito o por ausencia de las formas requeridas para su validez, la nulidad podrá oponerla cualquiera de los deudores [en este sentido Colin et Capitant, t. II, núm. 423 C y Planiol, t. II, núm. 764].

El deudor demandado puede igualmente invocar el pago y otras causas de extinción de las obligaciones [Colin et Capitant, t. II, núm. 423 C], de acuerdo con lo que vamos a exponer a continuación.

1497. *Novación.* "Por la novación hecha entre el acreedor y alguno de los deudores solidarios, quedan exonerados todos los demás codeudores" [arts. 1615 del código de 1884 y 2223 del código de 1928].

1498. *Compensación.* "Cada deudor debe el total; esta circunstancia permite al que es demandado oponer al acreedor la compensación por el total si es él mismo acreedor del acreedor por una suma suficiente. Cuando compensa la deuda con lo que le es debido es como si pagara efectivamente; todos los otros son liberados" [Planiol, t. II, núm. 749]. "Si uno de los co-deudores, demandado por el acreedor, le ha opuesto la compensación de lo que debe al mismo ya vencido en el juicio, bien podrá otro codeudor aprovecharse de la sentencia, pues que en este caso se reputa que opone la extinción de la deuda más bien que una compensación" [García Goyena, t. III, pág. 149, Comentario al artículo 1127 del proyecto español]. El



código de 1928 en su artículo 1991 dispone que la compensación hecha por el acreedor con cualquiera de los deudores solidarios extingue la obligación [Texto rectificado, véase núm. 1480 de este libro]. "El deudor solidario no puede exigir compensación con la deuda del acreedor a sus co-deudores" [arts. 1584 del código de 1884 y 2200 del código de 1928].

1499. *Confusión.* Según los artículos 1602 del código de 1884 y 2207 del código de 1928, "la confusión que se verifica en la persona del... deudor solidario, sólo produce sus efectos en la parte proporcional de su... deuda". En contra de esta disposición se encuentra el artículo 1991 del código de 1928, el cual establece que la confusión hecha por el acreedor con cualquiera de los deudores solidarios, extingue la obligación. En nuestra opinión este precepto debe prevalecer sobre el artículo 2207 del código vigente, por la razón dada en el número 1480 de este libro.

1500. *Remisión.* El código de 1884 previene que: "La quita o remisión de la deuda hecha por el acreedor a uno de los deudores mancomunados no extinguirá la obligación respecto de todos, cuando el perdón se halle limitado a una parte de la deuda o a un deudor determinado" [artículo 1408]. Así es que cuando el perdón no es limitado, la remisión extingue la obligación respecto de todos los deudores. El código de 1928 [en su citado artículo 1991, texto rectificado en el núm. 1480 de este libro], preceptúa que la remisión hecha por el acreedor con cualquiera de los deudores solidarios, extingue la obligación.

1501. *Prescripción.* "La excepción que por prescripción adquiera un codeudor solidario, no aprovechará a los demás sino cuando el tiempo exigido (por la ley) haya debido correr del mismo modo para todos ellos" [arts. 1073 del código de 1884 y 1145 del código de 1928]. "En el caso previsto por el artículo que precede, el acreedor sólo podrá exigir a los deudores que no prescribieren el valor de la obligación, deducida la parte que corresponda al deudor que prescribió" [arts. 1074 del código de 1884 y 1146 del código de 1928].

### B. *Pluralidad de vínculos*

1502. *Noción.* "Cada codeudor está obligado por un vínculo obligatorio distinto del de los otros. He aquí las consecuencias de esta idea" [Colin et Capitant, t. II, núm. 424].

1503. *Primera consecuencia.* "La acción deducida por el todo o parte de la deuda contra alguno de los deudores solidarios, no quita al acreedor el derecho de proceder contra los otros en caso de insolvencia del requerido" [art. 1404 del código de 1884] o, en otros términos, si el acreedor o los

acreedores "reclaman todo de uno de los deudores y resultare insolvente, pueden reclamarlo de los demás o de cualquiera de ellos. Si hubiesen reclamado sólo parte, o de otro modo hubiesen consentido en la división de la deuda, respecto de alguno o algunos de los deudores, podrán reclamar el todo de los demás obligados, con deducción de la parte del deudor o deudores libertados de la solidaridad" [art. 1989 del código de 1928. En el mismo sentido Colin y Capitant, t. II, núm. 424 A].

1504. *Segunda consecuencia.* Siguiendo las ideas de Colin y Capitant [t. II, núm. 424 B], diremos que cualquiera de los vínculos puede presentar una particularidad que no se encuentre en los otros. Por ejemplo, uno de los codeudores se ha obligado pura y simplemente y otro bajo condición o a plazo; en el primer vínculo puede no haber vicio alguno y en el segundo puede haber un vicio personal respecto del deudor, puede éste haber incurrido en error al celebrar el contrato; en estos supuestos el acreedor podrá exigir del primer deudor lisa y llanamente el cumplimiento de la obligación; del otro no podrá exigir el pago sino cumplida la condición o vencido el plazo y el deudor podrá oponer su error sin que esto ejerza influencia alguna respecto del otro vínculo. Estas conclusiones se fundan en los artículos 1411 del código de 1884 y 1995 del código de 1928 que respectivamente dicen: "El deudor solidario demandado puede oponer... las excepciones que le competan personalmente..." "El deudor solidario... podrá utilizar contra las reclamaciones del acreedor, las excepciones... que le sean personales."

En el número 835 de este libro hemos dado a conocer los casos de caducidad del plazo, según los artículos 1361 del código de 1884 y 1959 del código de 1928. Ahora bien, en los artículos siguientes o sean el número 1362 del código antiguo y 1960 del código vigente se establece que: "Si fueren varios los deudores solidarios, lo dispuesto en el artículo anterior sólo comprenderá al que se hallare en alguno de los casos que en él se designan."

1505. *Tercera consecuencia.* La obligación puede extinguirse respecto de un deudor y quedar subsistente respecto de los otros, porque el vínculo de aquél se extinga por una causa que no afecte a los demás. Tal es el caso previsto en el artículo 1408 del código de 1884, cuyo texto hemos transcrito en el número 1500 de este libro. A este caso también se refieren Colin et Capitant [t. II, núm. 424 C].

### C. *En la solidaridad pasiva hay una sola obligación*

1506. *La doctrina.* Aubry y Rau [t. IV, párrafo 298 ter, pág. 24] se expresan en estos términos: "La obligación solidaria es, a la vez, múltiple bajo la relación de las obligaciones contraídas por los diferentes codeudores y única en lo que concierne a la prestación que forma su objeto. La obligación solidaria, considerada bajo la relación del vínculo de derecho que establece entre cada uno de los deudores y el acreedor, se compone, como toda obligación conjunta, de tantas obligaciones distintas como hay personas que la han contraído." Planiol dice expresamente que la obligación de cada deudor forma una obligación distinta, en cierta medida independiente de la de los otros [t. II, núms. 741 y 742]. Colin et Capitant primeramente mencionan, en singular la obligación solidaria, pero después hablan también de la obligación de cada uno de los codeudores [t. II, núms. 422 y 424]. Baudry-Lacantinerie et Barde enseñan que: "La obligación solidaria es única en cuanto a la prestación que forma su objeto, pero múltiple en cuanto a los vínculos de derecho que engendra; hay en efecto tantos vínculos como acreedores o deudores" [t. XIII, núm. 1117]. Los mismos autores advierten que la cuestión de saber cuál de estas dos ideas, noción de unidad o noción de pluralidad, es la que debe predominar en la obligación solidaria, es muy discutida por la doctrina alemana [nota párrafo citado].



1507. *Nuestros códigos.* Los textos de nuestros códigos [artículos 1388 y siguientes del código de 1884 y 1984 y siguientes del código de 1928] son más bien favorables al predominio de la noción de unidad, pues en ellos siempre se emplea el singular diciéndose obligación y no obligaciones.

### D. *Caso de muerte de un codeudor solidario*

1508. *Posible división de la obligación solidaria.* "La solidaridad no hace indivisible la obligación. Aunque solidaria, ésta consiente aún la división que resulta de la trasmisión de las obligaciones por sucesión. En otros términos, la solidaridad impide la divisón de la deuda en el momento de su formación; no pone obstáculo alguno a su división por efecto de acontecimientos ulteriores. Los herederos de una persona que ha muerto no son solidarios entre sí" [Planiol, t. II, núm. 743]. Por ejemplo, había tres deudores solidarios de una deuda de $ 6,000.00. Uno de ellos muere, dejando dos herederos; el acreedor podrá demandar a cada uno de los herederos por la mitad de la deuda total, o sea por $ 3,000.00. Así la solidaridad de la deuda inicial se concilia con la división del vínculo obligatorio, especial del difunto, producida por la muerte de éste. La solidaridad no existe, pues, con la plenitud de sus efectos en provecho del acreedor sino en contra de los codeudores primitivos y no en contra de sus herederos [Colin et Capitant, t. II, núm. 425].

1509. *Código de 1884.* El artículo 1412 de este código dice: "Los herederos de uno de los deudores solidarios responden en proporción a sus cuotas, hasta la cantidad que con ellas concurra, si todos están solventes." Este artículo procede de uno del proyecto de código portugués [véase Días

Ferreira, t. IV, pág. 131, línea 33], que se transformó en el 757 de este código. Días Ferreira, comentando este artículo dice: "No se trasmite a los herederos la solidaridad del deudor. Los herederos del deudor solidario ya no están obligados solidariamente."

El artículo 1396 del código de 1884 en su fracción II dice: "La mancomunidad pasiva se presume... II. Cuando dos o más personas heredan a un deudor solidario." Esta fracción, por sus términos, parece estar en contradicción con el artículo 1412, en el que, como hemos visto, se niega la solidaridad entre los herederos. La contradicción es sólo aparente, porque, como veremos en el número 1535 de este tomo, el artículo 1396 en realidad se refiere a las obligaciones que se llaman indivisibles.

1510. *Código de 1928.* Este código, en su artículo 1998 sustenta el mismo principio que el artículo 1412 del código anterior [véase Salvat, número 917] diciendo: "Si muere uno de los deudores solidarios dejando varios herederos, cada uno de éstos está obligado a pagar la cuota que le corresponda en proporción a su haber hereditario, salvo que la obligación sea indivisible; pero todos los coherederos serán considerados como un solo deudor solidario, con relación a los otros deudores."

## II. Efectos secundarios

1511. *Interrupción de la prescripción.* "Las causas que interrumpen la prescripción respecto de uno de los deudores solidarios, la interrumpen también respecto de los otros" [arts. 1118 del código de 1884 y 1169 del código de 1928]. Lo dispuesto en el artículo preinserto es aplicable a los herederos del deudor [artículos 1120 del código de 1884 y 1171 del código de 1928].

1512. *Responsabilidad civil.* Según el artículo 1406 del código de 1884, "Si la cosa que fuere objeto de la prestación se perdiere por culpa de alguno de los deudores solidarios, no quedarán los demás libres de la obligación (esto es, tendrán que pagar el valor de esa cosa); [Cunha Gonçalves, t. IV, núm. 585, pág. 644] y el que haya causado la pérdida será responsable por ella y por los daños y perjuicios que resulten, tanto respecto del acreedor como de los demás obligados." El artículo 1997 del código de 1928 dice: "Si la cosa hubiere perecido, o la prestación se hubiere hecho imposible sin culpa de los deudores solidarios, la obligación quedará extinguida. Si hubiere mediado culpa de cualquiera de ellos, todos responderán del precio y de la indemnización de daños y perjuicios, teniendo derecho los no culpables a dirigir su acción contra el culpable o negligente."

"Cuando por el no cumplimiento de la obligación se demanden daños y perjuicios, cada uno de los deudores solidarios responderá íntegramente de ellos" [art. 2002 del código de 1928]. Un precepto análogo a éste se



encuentra en el código de 1884; es el artículo 1416, del cual trataremos al estudiar las obligaciones indivisibles.

Según el código de 1884, artículo 1474 "Cuando sean varias las personas responsables civilmente, se observarán las reglas relativas a las obligaciones mancomunadas, si fueren de esta especie las que sirvan de fundamento al contrato: en caso contrario cada una responderá por su parte".

El código de 1928 preceptúa lo siguiente: "Artículo 1917. Las personas que han causado en común un daño, son responsables solidariamente hacia la víctima por la reparación a que están obligadas de acuerdo con las disposiciones de este capítulo."

1513. *Pena convencional.* Código de 1884. "Artículo 1318. En las obligaciones mancomunadas con cláusula penal, bastará la contravención de uno de los herederos del deudor para que se incurra en la pena." "Artículo 1319. El acreedor podrá exigir la pena del contraventor en todo caso, o de cualquiera de los coherederos, siempre que notificados éstos de la falta del requerido, no rediman la pena cumpliendo con la obligación."

Código de 1928. Este código en su artículo 1848 ha reproducido el artículo 1318 del código anterior. No ha procedido de igual manera con relación al artículo 1319 transcrito sino que el código vigente dispone en su artículo 1849 que "En el caso del artículo anterior, cada uno de los herederos responderá de la parte de la pena que le corresponda, en proporción a su cuota hereditaria".

1514. *Representación mutua de los codeudores.* Planiol explica los efectos secundarios de la solidaridad por la idea "de una representación recíproca entre los codeudores, que hace que el acto ejecutado por o contra uno se repute hecho por o contra los otros, respecto de los cuales produce efecto como si hubiera sido hecho por ellos" [t. II, núm. 750]. El mismo autor agrega que "Algunos autores antiguos habían encontrado cómodo suponer que existe entre los codeudores un mandato tácito particular, gracias al cual se representan los unos y los otros" [t. II, núm. 751]. Sigue diciendo el mismo autor "Una objeción... se ha hecho: se dice que es contrario a la realidad suponer que todos aquellos que están obligados solidariamente se han dado recíprocamente un mandato; es posible que no hayan tratado juntos con el acreedor y que no se conozcan aún... no hay necesidad de sobrentender un mandato, que sería un contrato especial entre los codeudores; se les puede considerar como constituidos de oficio por la ley representantes los unos de los otros... Por el solo hecho de que la obligación es solidaria, cada uno de los deudores representa a los otros en interés del acreedor" [t. II, núm. 753]. Gaudemet *[Obligations,* págs. 438-439], después de hablar de la teoría del mandato, agrega: "Es necesario, pues, rechazar la idea de un mandato tácito, reposando sobre la voluntad presunta de los codeudores, y explicar los artículos 1205-1207 por una representación puramente legal, admitida por razones prácticas a fin de

reforzar el derecho del acreedor. Pero es preciso en esto atenerse al texto y evitar extender la idea de representación fuera de los casos previstos por la ley." No sólo Planiol y Gaudemet sino la generalidad de los autores explican los efectos secundarios de la solidaridad por la idea de mutua representación entre los codeudores. [Véanse Baudry-Lacantinerie et Barde (t. XIII, núms. 1213-1236), Planiol, Ripert, Esmein, Radouant e Gabolde (t. VII, núm. 1083), Josserand (t. II, núms. 766-770), Laurent (t. XVII, núms. 294 y 304), Demolombe (t. III, núm. 341), Aubry et Rau (t. IV, párrafo 298 ter, págs. 28 y 30), Fuzier-Herman, Carpentier et Frerejouan du Saint (t. XXXIV, *Solidarité*, núm. 211 et sigs.), Cunha Gonçalves (t. IV, núm. 585, págs. 642), Salvat (núm. 922).]

### III. Solidaridad imperfecta

1515. *Exposición y crítica de esta teoría.* "Se ha sostenido que existen dos especies de solidaridad: 1º la solidaridad perfecta trayendo consigo el efecto principal y los efectos secundarios que acaban de describirse; 2º la solidaridad imperfecta, reducida al efecto principal y privada de los efectos secundarios. Esta solidaridad imperfecta intervendría en el caso en que la solidaridad se realice fuera de la voluntad de los codeudores, como es el caso de los autores de una misma infracción. Pero esta concepción está hoy desechada con razón por la jurisprudencia y también por la mayoría de la doctrina. En efecto, no es la voluntad real de los interesados la que crea la representación entre deudores, sino la ley. La idea de representación forma parte del mecanismo de la solidaridad, sea convencional o legal" [Bonnecase, *Précis*, t. II, núm. 791. En el mismo sentido Planiol (t. II, núms. 777-779), Planiol, Ripert, Esmein, Radouant et Gabolde (t. VII, número 1089), Baudry-Lacantinerie et Barde (t. XIII, núms. 1292-1297), Colin et Capitant (t. II, núm. 429)]. A la repetida distinción "se le ha reprochado desde luego carecer de apoyo en los textos: en todos los lugares en donde la ley habla de solidaridad, la supone siempre homogénea y no conoce sino una solidaridad" [(Planiol, t. II, núm. 778); de igual manera opinan Colin et Capitant (t. II, núm. 429) y Demolombe (t. III, número 287)]. En cuanto al derecho civil mexicano, podemos decir que la distinción impugnada tampoco encuentra apoyo en los textos de nuestros códigos.

## SECCION 4ª EFECTOS ENTRE LOS DEUDORES

1516. *División de la deuda.* "No estando los codeudores solidarios obligados por el todo sino respecto del acreedor y no estando obligados los unos respecto de los otros sino cada uno por su parte, cuando uno de los codeudores ha pagado la deuda, queda por repartir la carga de ella entre



todos. Este reparto se hará sea por partes iguales, sea según las indicaciones del convenio, sea según las de la sentencia que pronuncie la condenación solidaria, sea en fin, según el interés que cada uno tuviera en el negocio. Excepcionalmente, puede suceder que no haya reparto que hacer. Es lo que se produce cuando uno solo de los codeudores estuviera interesado en el negocio y que los otros no estén obligados sino a título de fiadores" [Colin et Capitant, t. II, núm. 431].

1517. *Recurso del codeudor que ha pagado.* Código de 1884. "Artículo 1407. El deudor solidario que pagare por los otros, será indemnizado por cada uno de ellos en la parte respectiva; y si alguno fuere insolvente, el pago de su cuota se dividirá entre los que no lo sean, incluso aquel a quien el acreedor hubiere dispensado de la mancomunidad."

Código de 1928. "Artículo 1999. El deudor solidario que paga por entero la deuda, tiene derecho de exigir de los otros codeudores la parte que en ella les corresponda. Salvo convenio en contrario, los deudores solidarios están obligados entre sí por partes iguales. Si la parte que incumbe a un deudor solidario no puede obtenerse de él, el déficit debe ser repartido entre los demás deudores solidarios, aun entre aquellos a quienes el acreedor hubiera libertado de la solidaridad."

1518. *Subrogación.* Además del recurso del que acabamos de tratar, el deudor que paga queda subrogado en los derechos del acreedor [véase número 1296 de este libro].

"En la medida que un deudor solidario satisface la deuda, se subroga en los derechos del acreedor" [último párrafo del artículo 1999 del código de 1928]; "pero deducida su parte, a menos que lo contrario resulte de relaciones de derechos especiales. Esta subrogación tiene lugar *ipso jure*... desde y por el solo hecho del pago; no se produce, por otra parte contra cada uno de los otros codeudores sino por su parte y porción" [Rossel, t. I, núm. 305 y en el mismo sentido Tuhr, t. II, párrafo 90, pág. 703; Colin y Capitant, t. II, núm. 432; Planiol, t. II, núm. 779]. En virtud de esta subrogración el deudor que paga adquiere con el crédito los derechos accesorios adheridos a él: derechos de prenda, de fianza, de garantía inmueble [Tuhr, t. II, págs. 702-703].

## SECCION 5ª CESACION DE LA SOLIDARIDAD

### I. Código de 1884

1519. *Remisión de la solidaridad.* "Artículo 1405. Aunque el acreedor haya consentido en la división en favor de uno de los deudores solidarios o haya reclamado a éste la parte que le correspondía, podrá reclamar el resto a los demás obligados." García Goyena, comentando el artículo 1062

del proyecto de código español se expresa así: "Es el artículo 1210 francés, tomado de Pothier y seguido por todos los códigos modernos. Pothier lo había tomado a su vez de la ley 18, título 3, libro 2, del código... Cada cual puede remitir su derecho en todo, o en parte, y expresa, o tácitamente. Puede, pues, el acreedor remitir de este modo su derecho de mancomunidad a uno de los deudores, quien en tal caso no responderá más que de su parte; y con deducción de ésta, subsistirá la mancomunidad para con los otros deudores, porque así lo quiso expresa o tácitamente el mismo acreedor; ejemplo: Pedro, Juan y Diego son deudores mancomunados por la cantidad de 3,000 duros a Antonio, y éste, descarga expresa o tácitamente a Pedro de la mancomunidad. Pedro no responderá ya sino de 1,000 duros que es su parte viril: Juan y Diego continuarán mancomunados, pero tan sólo por los 2,000 duros restantes, y no responderán de los 1,000 de Pedro, aunque resulte después insolvente, como no responderá Pedro al acreedor de la insolvencia, de los otros: sobre esto mismo hablo en el artículo 1066. Así lo quiso el acreedor, y, por lo tanto, no puede quejarse, aunque después resulte perjudicado."

1520. *Convenios.* "Artículo 1409. Los convenios que el acreedor celebrare acerca de la deuda con uno de los deudores mancomunados, no aprovecharán ni perjudicarán a los demás, salvo lo dispuesto en los artículos 1614 y 1615." García Goyena comenta el artículo 1066 del proyecto de código español en estos términos: "Viene a ser en su fondo el 1210 francés amplificado en el 1211, con exposición de casos... el consentimiento expreso o tácito del acreedor en dividir su crédito a favor de un deudor determinado no aprovecha a los otros, pero tampoco les perjudica. Si tres me deben mancomunadamente 15,000 reales, y yo renuncio a la mancomunidad en favor de uno, o por pacto expreso, o tácitamente, recibiendo de él 5,000 reales, y advirtiendo en el recibo que es por su parte en la deuda, o demandándole en juicio únicamente por su parte, no podrán los otros dos pedir que divida también mi acción contra ellos; pero su mancomunidad quedará reducida solamente a los 10,000 que restan: mi voluntad expresa o tácita fue la de no aprovecharles, pero tampoco fue ni pudo ser la de perjudicarles. En el mismo caso pacto con uno que no podré pedirle hasta cierto plazo: podré, esto no obstante, usar de la mancomunidad contra los otros dos por los 15,000 reales; pero el deudor que los pague, podrá repetir desde luego su parte del deudor a quien concedí plazo, sin necesidad de aguardar a su vencimiento."

## II. Código de 1928

1521. *Renuncia.* "La solidaridad pasiva puede extinguirse o cesar por renuncia del acreedor. Esta renuncia puede ser a favor de todos los deudores o sólo de uno o algunos de ellos; en el primer caso se dice que es



absoluta, en el segundo relativa. La renuncia a la solidaridad, por otra parte, no debe ser confundida con la remisión de la deuda: la primera extingue la solidaridad, pero deja intacta la obligación; la segunda, por el contrario, extingue esta última" [Salvat, *Obligaciones*, núm. 953].

1522. *Renuncia absoluta.* "La renuncia absoluta no da lugar a mayores dificultades. La obligación se convierte en simplemente mancomunada, y, por consiguiente, la deuda se divide entre todos los deudores solidarios" [Salvat, *Obligaciones*, núm. 954].

1523. *Renuncia relativa.* Según el artículo 1989 de nuestro código vigente, si el acreedor hubiese reclamado sólo parte o de otro modo hubiese consentido en la división de la deuda, respecto de alguno o algunos de los deudores, podrá reclamar el todo de los demás obligados, con deducción de la parte del deudor o deudores libertados de la solidaridad.

TÍTULO TERCERO

# LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES

## CAPÍTULO PRIMERO

### *La doctrina francesa*

1524. *Indicación.* Esta doctrina la vamos a exponer, como lo hace Bonnecase, en su *Précis*, t. II, traduciendo los párrafos 800 y 801.

## SECCION 1ª LA EXPOSICION CLASICA DE LA TEORIA DE LA INDIVISIBILIDAD

1525. *Distinción.* "Tomamos, dice Bonnecase, esta exposición clásica de la indivisibilidad del *Précis* de Baudry-Lacantinerie, edición Binet, 1921, pág. 140, porque el autor permanece enteramente en contacto con la tradición, es decir con Pothier y Dumoulin. Escribe Pothier, a imitación de Dumoulin, distingue tres especies de indivisibilidad: la indivisibilidad absoluta, la indivisibilidad de obligación y la indivisibilidad de pago."

1526. *Indivisibilidad absoluta.* "Pothier llama indivisibilidad absoluta a la que Dumoulin designa bajo el nombre de *individuum contractu* y que quizá mejor sería denominada *individuum natura*. Es la que resulta de la naturaleza misma de la obligación; la voluntad de las partes no se encuentra aquí para nada. La obligación es de tal naturaleza que el espíritu no concebiría la posibilidad de una división en el cumplimiento de la prestación que tiene por objeto. Así usted está obligado a establecer sobre su fundo una servidumbre de paso en provecho del mío: la parte del fundo de usted, que servirá de asiento a la servidumbre, debe determinarse por una operación ulterior. La obligación a la que usted está comprometido para conmigo es indivisible *natura* o *contractu*. El espíritu no concibe aquí, en efecto, la posibilidad de una prestación parcial. ¿En qué consistiría? ¿En conferirme el derecho de paso parcialmente, en una tercera o en una cuarta parte por ejemplo? Esto no tiene sentido. Sería lo mismo respecto de la obligación



de hacer o de no hacer un viaje determinado. Se hace el viaje o no se hace, pero si no se hace sino una parte del trayecto, la obligación no está cumplida del todo."

1527. *Indivisibilidad de obligación.* "La indivisibilidad de obligación, *individuum obligatione* en la terminología de Dumoulin, es la que resulta de la voluntad de las partes. Es una indivisibilidad convencional. El objeto de la obligación y, por consiguiente, la obligación misma son divisibles por su naturaleza, pero las partes han querido que la obligación fuera indivisible. Así, la obligación de entregar un terreno de cierta extensión es en sí perfectamente divisible. Pero la voluntad de los contratantes podrá hacerla indivisible. Esta voluntad puede manifestarse expresa o tácitamente. Lo sería tácitamente en la hipótesis siguiente: usted me ha vendido cierto número de metros de terreno que hay que tomar de un terreno mayor que pertenece a usted; se ha especificado en el contrato que este terreno está destinado a la construcción de una fábrica que debe tener una superficie igual a la del terreno vendido. Estas circunstancias demuestran que hemos considerado la prestación del terreno vendido como no siendo susceptible de división y, por consiguiente, la obligación misma como indivisible. En efecto, una prestación parcial no me procuraría aquí una utilidad proporcional a su objeto, puesto que la totalidad del terreno es necesaria para mi construcción."

1528. *Indivisibilidad de pago.* "Dumoulin llamaba a esta última especie de indivisibilidad, que no lo es, como vamos a verlo, *individuum solutione tantum*. La indivisibilidad de pago no afecta sino a la ejecución de la obligación y no a la obligación misma. El objeto de la obligación es divisible, la obligación misma queda divisible; solamente resulta sea de la naturaleza de la obligación, sea de la cosa que forma el objeto de ella, sea del fin que uno se ha propuesto en el contrato, que la intención de los contratantes ha sido que la deuda no pudiera pagarse parcialmente. Estos son los términos del artículo 1221-5º. He aquí un ejemplo: 'Un condenado que sufre el mandamiento de prisión por una deuda que resulta de un delito, estipula la suma necesaria para pagar a su acreedor y obtener así su libertad'; resulta aquí del fin que uno se ha propuesto en el contrato, que la intención de los contratantes ha sido que la deuda no se pudiere pagar parcialmente. En efecto, la prestación de una parte solamente de la suma prometida sería sin utilidad para el estipulante, puesto que la suma total le es necesaria para alcanzar el fin que se propone. Habrá, pues, aquí indivisibilidad de pago. Si el deudor muere dejando varios herederos, uno solo podrá ser forzado a pagar el total."

## SECCION 2ª LA INDIVISIBILIDAD NATURAL Y LA INDIVISIBILIDAD CONVENCIONAL

1529. *Distinción.* "Nos parece que Planiol [t. II, núms. 782 y siguientes] ha dado un análisis más claro del pensamiento de Dumoulin y al mismo tiempo de la materia. Extraemos de su exposición las fórmulas esenciales, dejando a un lado las fórmulas de Dumoulin que él ha acomodado allí. Es, según nosotros, una de las exposiciones, históricas y científicas más notables que debemos al eminente civilista. No hay sino una sola especie de indivisibilidad, así como Dumoulin lo ha repetido en muchos pasajes, contra la opinión universal... La razón la ha dado Dumoulin mismo, consiste en que es imposible encontrar dos definiciones de la indivisibilidad... En efecto, la obligación es indivisible cuando es imposible al deudor ejecutarla parcialmente, es divisible en el caso contrario... Es pues, de la naturaleza del objeto de la que depende la divisibilidad o la indivisibilidad de la obligación. La causa que hace indivisible el objeto debido, prosigue Planiol, no es siempre la misma. Se puede decir, combinando las ideas de Dumoulin [II, 201] con la de Alciat, que la indivisibilidad deriva ya de la naturaleza del objeto debido *(ex natura)*, ya de la intención de las partes *(ex voluntate)*. Se obtiene así una indivisibilidad real o natural y al lado de ella una indivisibilidad convencional."

1530. *Indivisibilidad natural.* "Desde Dumoulin, se distinguen dos variedades de indivisibilidad natural, según que el objeto debido es indivisible de una manera absoluta... o relativa: 1º Indivisibilidad absoluta. Esta se encuentra cuando el objeto de la obligación es indivisible bajo cualquier aspecto que se le considere, de tal suerte que jamás puede ser debido sin que la obligación sea indivisible... Así Dumoulin da a esta primera variedad de la indivisibilidad natural el nombre muy expresivo de *individuitas necessaria*. Las cosas que nunca pueden ser prestadas en parte son raras; Dumoulin razona perpetuamente sobre un ejemplo único: la obligación de constituir una servidumbre predial. Se pueden agregar ciertas obligaciones de hacer o de no hacer: abstenerse de turbar al poseedor de una cosa, entregar un caballo. 2º Indivisibilidad relativa. Esta tiene lugar cuando la cosa, considerada en la forma natural es indivisible, aunque se pueda concebir que se ejecute sucesivamente y por fracciones... El mejor ejemplo, aquel sobre el cual ha razonado Dumoulin y Pothier, es la obligación de construir una casa. Se puede comprender que el trabajo sea prometido por partes; un albañil puede obligarse a hacer los muros, un carpintero a hacer los tabiques, los pisos y los techos, etc.... y aun el trabajo se ejecuta necesariamente por porciones sucesivas. Sin embargo, lo que se ha prometido es una casa, un todo orgánico, y, como lo dice Pothier: la forma y calidad de casa no pudiendo resultar sino de la consumación de la obra se concluye que la obligación no puede cumplirse sino por la constitución de la casa entera."



1531. *Indivisibilidad convencional.* "La indivisibilidad es convencional cuando la cosa que constituye el objeto de la obligación es bajo todos conceptos divisible, pero que las partes han querido que la obligación fuera ejecutada como si fuera indivisible."

### CAPÍTULO SEGUNDO

### *El código de 1870*

1532. *Su exposición de motivos.* "De la mancomunidad. La comisión examinó detenidamente los diversos sistemas conocidos sobre las obligaciones solidarias e indivisibles. Estas últimas se consignan expresamente en el código francés, y fueron también adoptadas en el proyecto de código civil español. Las obligaciones que se llaman indivisibles, importan una verdadera solidaridad, y lo prueba el artículo 1222 francés; de cuyas palabras se deduce que el efecto esencial de la mancomunidad, que es obligar a todos los deudores por el total de la obligación, se encuentra en las llamadas indivisibles, que por tanto no forman un género esencialmente diverso de las mancomunadas. La verdadera diferencia que hay entre unas y otras consiste, no en el efecto, que es el mismo, sino en el origen; pues la solidaridad en las unas nace de la ley, y en las otras del convenio... No siendo, pues, cierto en todos casos el principio de que la mancomunidad sólo puede establecerse por convenio expreso y dimanando de él graves dificultades, entre otras, la de admitir una nueva especie de obligaciones sin un carácter esencialmente peculiar, se propuso la comisión refundir en un solo título la mancomunidad y la indivisibilidad... En los cuatro artículos siguientes, 1510 a 1513 [que son los artículos 1396 y siguientes del código de 1884] ha desarrollado la comisión su teoría sobre la mancomunidad pasiva, fijando los casos en que no se presume y debe por lo mismo establecerse en virtud de pacto expreso; así como aquellos en que se persume por la indivisibilidad del objeto o hecho, materia del contrato, y en los que por lo mismo se necesita el convenio expreso para que deje de existir. Ni uno solo de los casos que los comentadores del código francés enumeran entre las obligaciones indivisibles, deja de estar comprendido en el artículo 1512; y si es preciso convenir en que todos esos casos son frecuentes en la práctica, también lo será que en todos ellos resulta en cuanto al efecto la solidaridad de los deudores sin necesidad de convenio." Los párrafos preinsertos son los que aparecen en los apuntes de mi cátedra, tomados por mis discípulos, Saldaña Villalba [págs. 203-204], Ledesma [pág 77] y Millán [págs. 326-327].

1533. *Crítica.* Es verdad, como se dice en la citada exposición de motivos, que en las obligaciones solidarias y en las indivisibles el efecto es común: el cumplimiento total de la obligación; pero no es verdad que

unas y otras obligaciones sean de la misma naturaleza. La obligación indivisible no puede cumplirse sino en su totalidad, no es posible que se cumpla por partes, pues la naturaleza del objeto o la voluntad de las partes se opone a ello. En las obligaciones solidarias puede haber división, lo vimos en el caso de muerte de uno de los deudores solidarios, caso en el cual cada uno de los herederos de él sólo está obligado a pagar parte de la deuda [véanse núms. 1508 a 1510 de este libro].

## CAPÍTULO TERCERO

### *El código de 1884*

1534. *Su filiación.* Este código reproduce en sus artículos 1396 a 1399 los artículos 1510 a 1513 del código de 1870, así es que lo expuesto en el capítulo anterior se refiere también al código de 1884.

1535. *Casos de indivisibilidad.* Según la referida exposición de motivos son casos de indivisibilidad, de acuerdo con los comentaristas del código francés, los que el artículo 1396 considera como casos en los cuales se presume la mancomunidad pasiva a saber: "I. Cuando la obligación es de dar alguna cosa individualmente determinada, y que por su naturaleza no admita cómoda división; o aunque la admita, siempre que el conjunto de las partes prestadas separadamente tenga un valor menor que el que corresponda a la especie determinada. II. Cuando dos o más personas heredan a un deudor solidario. III. Cuando la obligación se contrae para la prestación de un hecho o ejecución de una obra que no puede obtenerse sino por el concurso simultáneo de las personas obligadas."

En orden a la fracción I, haremos notar que en ella encontramos tanto la indivisibilidad natural cuanto la convencional.

En el caso de la fracción II "el heredero del deudor a quien se haya reclamado la totalidad de la obligación, podrá pedir un plazo para citar y traer al mismo juicio a sus coherederos, a fin de que éstos puedan ser condenados a su cumplimiento [art. 1417]. "Si la obligación por su naturaleza no puede cumplirse más que por el heredero demandado, podrá éste ser condenado sólo al pago, salvo su derecho para repetir contra los demás por la parte que les corresponda" [art. 1418].

Respecto de la fracción III, podríamos poner como ejemplo el caso de la obligación contraída por una orquesta de ejecutar una obra musical. Esta obligación sólo puede cumplirse con el concurso simultáneo de todos los miembros de la orquesta, no podría cumplirse tocando cada uno de ellos un instrumento separadamente.

"Cuando por no cumplirse la obligación en los casos de las fracciones I y III del artículo 1396, se estimare el interés del acreedor en cantidad determinada, responderán mancomunadamente de ella todos los deudores" [artículo 1416].



## CAPÍTULO CUARTO

### *El código de 1928*

### SECCION 1ª NOCIONES GENERALES

1536. *Caracteres de las obligaciones divisibles e indivisibles.* "Las obligaciones son divisibles cuando tienen por objeto prestaciones susceptibles de cumplirse parcialmente" [art. 2003]. Tales son, como hemos visto, las obligaciones a prorrata y aun las solidarias después de su formación [véanse núms. 1463 y siguientes y 1508 y siguientes de este libro]. "Son indivisibles si las prestaciones no pudiesen ser cumplidas sino por entero" [art. 2003].

"Esta materia ha sido considerada siempre como una de las más complicadas y difíciles. Dumoulin publicó en el siglo XVII un tratado especial sobre ella, titulándolo: *Extricatio labyrinthi dividui et individui*, título elegido para dar la idea de que la materia de las obligaciones divisibles e indivisibles era un verdadero laberinto. Para explicar este laberinto, Dumoulin estableció una serie de reglas fundamentales... Las doctrinas de Dumoulin fueron resumidas y simplificadas por Pothier, de cuyo autor pasaron al código civil francés" [Salvat, *Obligaciones*, núm. 808; Planiol, t. II, núm. 808].

"Nuestro código civil,... ha seguido en materia de obligaciones divisibles e indivisibles un sistema mucho más simple, cuyos caracteres principales son los siguientes: 1º la divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones depende exclusivamente de la divisibilidad o indivisibilidad de las prestaciones... 2º para saber si las prestaciones son o no divisibles, el código se coloca en un punto de vista puramente natural, análogo al que sirve de base a la división de las cosas en divisibles e indivisibles; por consiguiente, la única división que nuestra ley admite, es la división física o material" [Salvat, *Obligaciones*, núm. 809].

1537. *Pluralidad de acreedores o deudores.* "¿Qué interés hay en saber si una obligación es o no indivisible? Cuando no hay sino un acreedor y un deudor, la cuestión no ofrece interés porque la obligación debe siempre cumplirse como si fuera indivisible. El acreedor reclama al deudor la totalidad de lo que le es debido y este último no puede forzarlo a recibir en parte el pago de una deuda, aun divisible" [Colin et Capitant, t. II, núm. 433, pág. 404; núms. 854 y 855 de este libro]. "La teoría de la divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones sólo tiene interés práctico en el caso de existir pluralidad de deudores o de acreedores, sea originariamente, sea por sucesión; si, por el contrario, existe un solo acreedor y un solo deudor, esta teoría deja de ser aplicable" [Salvat, *Obligaciones*, número 811]. En este sentido el artículo 2005 del código de 1928 establece: "Las obligaciones divisibles en que haya más de un deudor o acreedor se

regirán por las reglas comunes de las obligaciones; las indivisibles en que haya más de un deudor o acreedor se sujetarán a las siguientes disposiciones." Procede hacer una pequeña rectificación a este texto: si la obligación es simplemente mancomunada efectivamente se regirá por las reglas comunes de las obligaciones; pero si es solidaria, entonces se regirá por las reglas propias de esta especie de obligaciones.

## SECCION 2ª EFECTOS

### I. Pluralidad de acreedores

1538. *Cada acreedor puede exigir la completa ejecución.* "Si una obligación indivisible se ha contraído para con varios acreedores, cada uno de ellos podrá exigir la ejecución íntegra y dar válidamente recibo por el todo" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 1330]. "La obligación... en las relaciones de los coacreedores con la otra parte, no se divide" [Salvat, *Obligaciones*, núm. 857].

Será lo mismo si el acreedor único de la obligación muere, dejando varios herederos. La ley, que no prevé el primer caso prevé el segundo [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 1330] en el artículo 2007 del código de 1928 concebido así: "Cada uno de los herederos del acreedor puede exigir la completa ejecución indivisible, obligándose a dar suficiente garantía para la indemnización de los demás coherederos. En las obligaciones con cláusula penal: "Tratándose de obligaciones indivisibles, se observará lo dispuesto en el artículo 2007" [arts. 1848 y 1850 del código de 1928].

1539. *Caso en que uno de los acreedores o de sus herederos ha perdonado la deuda o recibido el valor de la cosa.* "Cada acreedor o cada heredero del acreedor puede exigir el pago integral de la deuda indivisible, porque un pago parcial no es posible. Pero el crédito no por esto le pertenece entero... en las relaciones de los diversos coacreedores entre sí, el crédito (o al menos el provecho que representa) se divide, ordinariamente por porciones iguales. En estas condiciones uno solo de los interesados no debe tener el derecho de disponer del crédito sino por su parte... La remisión de la deuda, hecha por uno solo de los herederos del acreedor, no producirá efecto alguno con relación a los otros. Cada uno de estos últimos podrá, pues, exigir la ejecución de la obligación, y exigirla integralmente, puesto que la obligación es indivisible y no susceptible por consiguiente de pagarse parcialmente; pero, como la remisión efectuada por su coheredero debe tener por lo menos efecto en la medida de la parte de éste, aquél no podrá exigir esta ejecución sino indemnizando al deudor de la parte correspondiente en el crédito al coheredero que ha hecho la remisión. La misma solución, *mutatis mutandis*, para el caso en que uno de los herederos del acreedor ha recibido el precio en lugar de la cosa y de una manera general para el caso en que ha hecho novación con el deudor" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 1331]. Estas consideraciones explican nuestro artículo 2007, cuando dice: "Cada uno de los herederos del acreedor... no puede por sí solo perdonar el débito total, ni recibir el valor en lugar de la cosa. Si uno solo de los herederos ha perdonado la deuda o recibido el valor de la cosa, el coheredero no puede pedir la cosa indivisible sino devolviendo la porción del heredero que haya perdonado o que haya recibido el valor." De uno de los dos casos comprendidos en el artículo 2007 se vuelve a tratar en el artículo 2008, redactado así: "Sólo por el consentimiento de todos los acreedores puede remitirse la obligación indivisible o hacerse una quita de ella." Salvat [*Obligaciones*, núms. 864 y 865] comenta este precepto en términos semejantes a los de Baudry-Lacantinerie e Barde, que acabamos de exponer.



### II. Pluralidad de deudores

1540. *Necesidad de pagar el total.* "Artículo 2006. Cada uno de los que han contraído conjuntamente una deuda indivisible, está obligado por el todo, aunque no se haya estipulado solidaridad. Lo mismo tiene lugar respecto de los herederos de aquel que haya contraído una obligación indivisible."

1541. *El heredero apremiado puede hacer concurrir a sus coherederos.* "Artículo 2009. El heredero del deudor, apremiado por la totalidad de la obligación, puede pedir un término para hacer concurrir a sus coherederos, siempre que la deuda no sea de tal naturaleza que sólo puede satisfacerse por el heredero demandado, el cual entonces puede ser condenado, dejando a salvo sus derechos de indemnización contra sus coherederos." "Este texto quizá no tenga toda la claridad deseable. Ha sido tomado de Pothier y, por consiguiente, las explicaciones que da este jurisconsulto constituyen el mejor comentario de ese texto. Pothier dice que es necesario distinguir aquí con Dumoulin tres casos" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, número 1334].

1542. *Primer caso.* "La deuda es de naturaleza de no poder satisfacerse sino por el heredero del deudor que es demandado. Por ejemplo, se trata de una servidumbre de paso, que el difunto había prometido establecer, en provecho de un fundo vecino, sobre una parte de su propio fundo que hay que determinar por una operación ulterior que no estaba aún efectuada al tiempo de su muerte. Habiéndose operado la partición de la sucesión, el acreedor obra contra el heredero en cuyo lote se ha puesto el inmueble sobre el cual debe establecerse la servidumbre; sólo él en efecto puede ejecutar la obligación que el difunto ha contraído. Este heredero no podrá pretender que su coherederos deban ser condenados como él a la

ejecución de la obligación; todo lo que puede sostener es que tiene el derecho, una vez establecida la servidumbre, de ejercitar una acción... contra cada uno de ellos en la medida de su parte hereditaria, porque si la obligación no se divide en las relaciones de los herederos del deudor con el acreedor se divide en las relaciones de estos herederos entre sí. El heredero demandado podrá, pues, pedir un plazo para traer al juicio a sus coherederos a fin de que se resuelva por una misma sentencia sobre la ejecución de la obligación indivisible por la cual él sólo está obligado para con el acreedor y sobre el recurso que esta ejecución hará hacer en su provecho contra sus coherederos. Este derecho de recurso no existiría y, por consiguiente, el heredero demandado no tendría el derecho de llamar a sus herederos a juicio si una cláusula de la escritura de partición hubiera puesto la deuda de la servidumbre a su cargo exclusivo. En la práctica, es lo que sucede casi siempre" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 1335].

1543. *Segundo caso.* "La deuda es de naturaleza de poder ser satisfecha indiferentemente sea por el heredero demandado sea por cada uno de sus herederos. Pothier cita como ejemplo el caso en que se trata de una servidumbre que el difunto se ha obligado a hacer tener a alguno sobre la heredad de un tercero; es claro que cualquiera de los herederos puede hacer cerca de este tercero las diligencias necesarias para obtener la constitución de la servidumbre... En nuestra hipótesis... El heredero demandado tiene el derecho de decir... demando... un plazo para traer al juicio a mis coherederos a fin de que la sentencia que me condene los condene igualmente... una vez pronunciada la condenación en contra de él y sus coherederos... Obtendrá desde luego esta ventaja: que... el acreedor exigirá quizá a uno de ellos la ejecución de la obligación. Por otra parte... todos serán condenados a la indemnización de daños y perjuicios para el caso de inejecución y esta deuda, siendo divisible, se dividirá de pleno derecho entre ellos aun en sus relaciones con los acreedores" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 1336].

1544. *Tercer caso.* "La deuda es de naturaleza de no poder ser satisfecha sino por todos los herederos conjuntamente. Por ejemplo, se trata de una servidumbre de paso, que el difunto se ha obligado a establecer sobre una porción de su fundo que hay que determinar por una operación ulterior y el fundo está aún indiviso entre los herederos en el momento en que el acreedor intenta su acción contra uno de ellos; el concurso de todos los herederos es necesario para el establecimiento de la servidumbre, porque un fundo común no puede ser gravado con servidumbre sin el consentimiento de todos los copropietarios. En esta hipótesis, como en la precedente, el heredero demandado podrá pedir un plazo para traer al juicio a sus coherederos: caso en el cual todos serán condenados a la ejecución de la obligación y para el caso de inejecución a indemnización de daños y perjuicios a la cual cada uno será deudor por su parte.



## SECCION 3ª CESACION DE LA INDIVISIBILIDAD

1545. *Texto legal.* "Artículo 2010. Pierde la calidad de indivisible, la obligación que se resuelve en el pago de daños y perjuicios y, entonces, se observarán las reglas siguientes: I. Si para que se produzca esa conversión hubo culpa de parte de todos los deudores, todos responderán de los daños y perjuicios proporcionalmente al interés que representen en la obligación; II. Si sólo algunos fueron culpables, únicamente ellos responderán de los daños y perjuicios."

## SECCION 4ª COMPARACION DE LA INDIVISIBILIDAD CON LA SOLIDARIDAD

1546. *Semejanza.* "La indivisibilidad y la solidaridad nos aparecen las dos como excepciones o limitaciones al principio de divisibilidad de las obligaciones, en el caso de existir pluralidad de acreedores o de deudores. Desde este punto de vista, la indivisibilidad y la solidaridad presentan un punto de semejanza: en una como en otra, cada uno de los acreedores tiene el derecho de exigir el cumplimiento íntegro de la obligación y cada uno de los deudores está obligado a cumplirla íntegramente" [Salvat, *Obligaciones*, número 1017].

1547. *Diferencias.* "Pero al lado de este punto de semejanza, existen también importantes diferencias entre la indivisibilidad y la solidaridad, tácitamente anunciadas por el legislador mismo al establecer en el artículo 668 [reproducido por el artículo 2004 del código de 1928] que la solidaridad estipulada no da a la obligación el carácter de indivisible, ni la indivisibilidad de la obligación la hace solidaria. Señalaremos las más importantes" [Salvat, *Obligaciones*, núm. 1018].

1548. *Diferencia de causa.* "Desde luego, en cuanto a la causa que hace imposible el pago parcial: en la indivisibilidad, la obligación no es susceptible de cumplimiento parcial en razón de la naturaleza misma de la prestación debida; en la solidaridad, el derecho del acreedor de exigir el pago íntegro y la obligación del deudor de efectuarlo así, derivan del título de la obligación, sea este el contrato, un testamento o la ley" [Salvat, *Obligaciones*, núm. 1019]. "En el caso de muerte de uno de los acreedores o deudores, si se trata de indivisibilidad, la obligación continúa siendo indivisible entre todos los herederos del acreedor o del deudor muerto; si se trata de solidaridad, por el contrario, la obligación se divide entre ellos" [Salvat, *Obligaciones*, núm. 1020]. En el mismo sentido nuestro código vigente [véanse núms. 1538, 1540, 1485 y 1510 de este libro].

PRIMERA PARTE

# LA PLURALIDAD DE OBJETOS

1549. *Tabla A*

C. a. 1363.—G. 1051.—C. v. 1961.
„ „ 1364.—C. P. 733.—G. 1051.—C. N. 1189 y 1191.—C. v. 1962.
„ „ 1365.—G. 1052.—C. N. 1190.—C. v. 1963.
„ „ 1366.—G. 1053.—C. N. 1192.
„ „ 1367.—G. 1054.—C. N. 1193.—C. v. 1966.
„ „ 1368.—G. 1054.—C. N. 1193.—C. v. 1967.
„ „ 1369.—C. N. 1195.—C. v. 1968.
„ „ 1370.—G. 1055 2ª—C. N. 1194.—C. v. 1969.
„ „ 1371.—G. 1055 1ª—C. N. 1194.—C. v. 1970.
„ „ 1372.—G. 1055 3ª—C. N. 1194.—C. P. 735.—C. v. 1971.
„ „ 1373.—C. P. 736.—C. v. 1972 y 1973.
„ „ 1375.—C. v. 1974.
„ „ 1376.—C. v. 1975.
„ „ 1377.—C. v. 1976.
„ „ 1378.—C. v. 1977.
„ „ 1383.—C. v. 1979.
„ „ 1384.—C. v. 1980.
„ „ 1385.—C. v. 1981.
„ „ 1386.—C. v. 1982.
„ „ 1387.—C. v. 1983.

1550. *Tabla B*

C. v. 1961.—C. a. 1363.
„ „ 1962.—C. a. 1364.
„ „ 1963.—C. a. 1365.
„ „ 1964.—C. E. 1133.
„ „ 1965.—C. E. 1134.
„ „ 1966.—C. a. 1367.
„ „ 1967.—C. a. 1368.
„ „ 1968.—C. a. 1369.
„ „ 1969.—C. a. 1370.

„ „ 1970.—C. a. 1371.
„ „ 1971.—C. a. 1372.
„ „ 1972.—C. a. 1373.
„ „ 1973.—C. a. 1374.
„ „ 1974.—C. a. 1375.
„ „ 1975.—C. a. 1376.
„ „ 1976.—C. a. 1377.
„ „ 1977.—C. a. 1378.
„ „ 1979.—C. a. 1383.
„ „ 1980.—C. a. 1384.
„ „ 1981.—C. a. 1385.
„ „ 1982.—C. a. 1386.
„ „ 1983.—C. a. 1387.

1551. BIBLIOGRAFIA. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XIII, núms. 1042-1106; BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis*, t. II, núms. 187-190; PLANIOL, t. II, núms. 707-713; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, t. VII, núms. 1047-1053; COLIN et CAPITANT, t. II, núms. 409-410; JOSSERAND, t. II, números 744-748; HÉMARD, t. II, núms. 1635-1637; LAURENT, t. XVII, núms. 216-250; DEMOLOMBE, t. III, núms. 1-98; AUBRY et RAU, t. IV, párrafo 300; FUZIER-HERMAN, CARPENTIER et FREREJOUAN du SAINT: *Repertoire*, t. XXIX, palabra "Obligations"; GAUDEMET: *Obligations*, págs. 429-430; BEUDANT, núms. 673-680; GARCÍA GOYENA: *Comentarios a los artículos citados con G. en la Tabla A;* CUNHA GONÇALVES, t. IV, núms. 589-591; ALVES MOREIRA, t. II, párrafo 5, núms. 21-22; DÍAS FERREIRA: *Comentarios a los artículos citados con las letras C. P. en la Tabla A;* MANRESA, t. VIII: *comentarios a los artículos citados con las letras C. E. en la Tabla B.*

## TÍTULO PRIMERO

## LAS OBLIGACIONES CONJUNTIVAS

1552. *Texto legal.* "El que se ha obligado a diversas cosas o hechos, conjuntamente, debe dar todas las primeras y prestar todos los segundos" [arts. 1363 del código de 1884 y 1961 del código de 1928].

1553. *Noción doctrinal.* "La obligación conjuntiva... comprende diversas prestaciones debidas acumulativamente, de tal suerte que la obligación no está enteramente ejecutada si una de estas prestaciones no está cumplida. En la obligación conjuntiva... todas las cosas prometidas están *in obligatione*... todas estas cosas deben ser pagadas. De aquí se sigue, por una parte, que el acreedor tiene derecho de demandar al mismo tiempo el cumplimiento de todas las prestaciones y, por otra parte, que los ofrecimientos hechos por el deudor no son válidos si no recaen sobre todas las cosas prometidas" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 1047]. La partícula conjuntiva y es característica de la obligación conjuntiva *[loc cit.]*.

1554. *Observación.* No hay que confundir las obligaciones conjuntivas con las que en francés se designan por *conjointes* y que nosotros llamamos a prorrata o simplemente mancomunadas en el número 1464 de este libro.

## Título segundo

# LAS OBLIGACIONES ALTERNATIVAS

1555. *Caracteres de estas obligaciones.* "Las obligaciones pueden tener por objeto... dos o más prestaciones en alternativa, de suerte que el deudor sólo esté obligado a prestar una de ellas" [Cunha Gonçalves, t. IV, número 589, pág. 657; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 1042].

Regulando esta hipótesis nuestros códigos disponen que "Si el deudor se ha obligado a uno de dos hechos o a una de dos cosas o a un hecho o a una cosa, cumple prestando cualquiera de esos hechos o cosas; mas no puede, contra la voluntad del acreedor, prestar parte de una cosa y parte de otra, o ejecutar en parte un hecho" [arts. 1364 del código de 1884 y 1962 del código de 1928]. "La referencia a dos hechos o dos cosas es meramente ejemplificativa; pues nada impide que las prestaciones sean más de dos, ni tampoco que la alternativa haya de ejercerse... entre un hecho positivo y otro negativo o abstención" [Cunha Gonçalves, t. IV, núm. 589, pág. 657; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 1042].

Tratándose de dos cosas por escoger, deben ser designadas de modo específico, puesto que sólo así se puede realizar la trasmisión de la propiedad y de los riesgos y podrán tener aplicación las hipótesis reguladas en nuestros artículos 734 y siguientes [Cunha Gonçalves, t. IV, núm. 589, pág. 657; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 1042]. A los artículos 734 y siguientes del código portugués corresponden los artículos 1367 y siguientes del código de 1884 y 1966 y siguientes del código de 1928.

"La obligación, sin embargo, aunque disyuntiva en la forma, será una obligación simple cuando versare sobre dos sumas o cantidades desiguales de una misma cosa. Por ejemplo, el convenio de pagar $ 1,000 o $ 2,000 tiene un solo objeto: es la suma inferior, si la elección fuere del deudor, o la suma superior, si la elección fuere del acreedor, pues no es creíble que se realice lo contrario, salvo habiendo otras circunstancias que determinen la elección de la suma inferior por quien podría tener todo el interés en escoger la mayor [Cunha Gonçalves, t. IV, núm. 589, pág. 657; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 1043].

"Los diversos objetos comprendidos en la alternativa se deben inmediatamente. Están, como decían la mayor parte de los antiguos autores, *in obligatione*. Pero, cuando la opción tenga lugar, la obligación se concentrará



en la prestación escogida y, por consiguiente, no recaerá ya sobre las otras" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 1044; Cunha Gonçalves, t. IV, núm. 589, pág. 658].

"La ventaja de las obligaciones alternativas consiste en ofrecer al acreedor mayor certeza de ser pagado o recibir la cosa convenida, de la que hay en la obligación simple o con prestación única; puesto que, pereciendo una de las cosas, hay siempre la posibilidad de recibir la otra, salvo si ambas se perdieren [Cunha Gonçalves, t. IV, núm. 589, pág. 658; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núm. 1045].

"Cuando se hayan prometido dos cosas alternativamente, si una de las dos no podía ser objeto de la obligación, deberá entregarse la otra" [artículo 1366 del código de 1884]. "Si una de las dos cosas prometidas no era susceptible de ser objeto del contrato, no quedaría a esta obligación sino un solo objeto y desde luego sería pura y simple. El deudor no podría oponer la excepción de que contó sobre una elección que no existía ni imputar su hecho propio o ignorancia al acreedor, a menos que haya habido fraude por parte de éste: Os prometo, o vendo tal, o tal caballo: si había muerto uno de los dos, o no era mío al tiempo del contrato, queda pura la promesa o venta del vivo, y mío" [García Goyena, comentario al art. 1053 del proyecto de código español]. En orden al código de 1928 véase el número siguiente.

1556. *La elección.* "En las obligaciones alternativas la elección corresponde al deudor si no se ha pactado otra cosa" [artículos 1963 del código de 1928 y 1365 del código de 1884]. El código de 1928 agrega que "La elección no producirá efecto sino desde que fuere notificada" [art. 1964] y que "El deudor perderá el derecho de eleccion cuando, de las prestaciones a que alternativamente estuviere obligado, sólo una fuere realizable" [art. 1965]. Manresa, comentando este último precepto, dice que "tal derecho se extingue... desapareciendo la pluralidad de objetos con aptitud para serlo de la obligación, pierde ésta su carácter de alternativa, haciéndose imposible la elección. En tal hipótesis, la obligación no desaparece ni el deudor queda libre de ella, sino que se convierte en simple" [t. VIII, página 173].

1557. *Los riesgos.* Sobre esta materia contiene numerosos preceptos el código de 1884 [arts. 1367 a 1387] así como el código de 1928 [artículos 1966 a 1983]. Nos limitamos a citarlos por considerar que un comentario de ellos no cuadraría con el carácter elemental de este libro. Así lo hacemos a imitación de Planiol [t. II, núm. 710] y teniendo en cuenta que Josserand y Hémard ni mención hacen de esta materia.

TÍTULO TERCERO

## LAS OBLIGACIONES FACULTATIVAS

1558. *En qué consisten.* "La obligación facultativa... no comprende sino una sola prestación, pero con facultad para el deudor de liberarse cumpliendo otra prestación" [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, número 1048]; Cunha Gonçalves [t. IV, núm. 589, pág. 659]. Ejemplo: "Yo le debo a usted una casa con facultad de liberarme de usted pagando 50,000 francos... no hay sino una sola cosa comprendida en la obligación: la casa; en cuanto a los 50,000 francos, no están comprendidos en la obligación, el deudor no los debe, solamente tiene la facultad de pagarlos" [Laurent, t. XVII, núm. 226].

1559. *Comparación con las obligaciones alternativas.* "En la obligación alternativa hay dos cosas igualmente debidas, bajo una alternativa, es verdad, *duo sunt in obligatione.* En la obligación facultativa, al contrario, una sola cosa es debida, una *est in obligatione;* la otra puede ser pagada en su lugar, pero no es debida, está solamente *in facultate solutionis;* de donde viene el nombre de obligación facultativa, que Delvincourt ha sido el primero en dar a esta obligación, nombre que ha quedado. Esta diferencia fundamental engendra otras... Si una de las dos cosas comprendidas en una obligación alternativa no es susceptible de constituir el objeto de una obligación, la otra será siempre debida. Al contrario, una obligación facultativa es nula, si la cosa que está *in obligatione* no es susceptible de constituir el objeto de una obligación, aunque la otra lo fuere... El acreedor de una obligación facultativa no debe comprender en la demanda que intente contra el deudor sino la cosa que está *in obligatione,* porque sólo ésta le es debida, salvo al deudor usar de la facultad que le pertenece de liberarse pagando la otra. Al contrario, el acreedor de las dos cosas debidas bajo una alternativa a elección del deudor, debe comprender las dos cosas en su demanda; debe demandar una u otra; de otra manera ejercitaría la elección que no pertenece sino al deudor [Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, núms. 1050-1051; Cunha Gonçalves, t. IV, núm. 589, págs. 659-660].

## TABLA DE LOS ARTICULOS DE NUESTROS CODIGOS CIVILES Y NUMEROS DE ESTA OBRA EN DONDE SE MENCIONAN ESOS ARTICULOS

### CÓDIGO CIVIL DE 1884


| *Arts.* | *Números* |
|---|---|
| 6 | 177 |
| 7 | 73-177-180 |
| 15 | 112-117-180-181 |
| 21 | 142-1134 |
| 22 | 345 |
| 201 | 398 |
| 206 | 761 |
| 207 | 761 |
| 208 | 39-761 |
| 209 | 761 |
| 374 | 453 |
| 378 | 453 |
| 380 | 453 |
| 382 | 454 |
| 384 | 446 |
| 403 | 454 |
| 404 | 398 |
| 411 | 761 |
| 497 | 453 |
| 514 | 454 |
| 516 | 454 |
| 518 | 454 |
| 519 | 454 |
| 520 | 447 |
| 521 | 447 |
| 526 | 454 |
| 527 | 454 |
| 528 | 454 |
| 529 | 454 |
| 530 | 454 |
| 531 | 454 |
| 532 | 454 |
| 533 | 454 |
| 534 | 454 |
| 544 | 454 |
| 593 | 453-454 |
| 609 | 453 454 |
| 636 | 454 |
| 680 | 150 |
| 681 | 150-166 |
| 682 | 150-166 |
| 729 | 23-190 |
| 785 | 591 |
| 788 | 591 |
| 805 | 591 |
| 818 | 591-1100 |
| 834 | 627-1072 |
| 840 | 630 |
| 841 | 630 |
| 842 | 626-629-1107 |
| 843 | 626-1107 |
| 845 | 626 |
| 846 | 626 |
| 847 | 628 |
| 848 | 626 |
| 851 | 629 |
| 853 | 628 |
| 854 | 628 |
| 865 | 23 |
| 893 | 27 |
| 925 | 28 |
| 933 | 170-1271 |
| 942 | 23-1012 |
| 1004 | 27-761 |
| 1005 | 28 |
| 1043 | 27-28 |
| 1068 | 454 |
| 1272 | 38-80-150-152-158-162 |
| 1273 | 82 |
| 1274 | 82-81 |
| 1275 | 83-81 |
| 1276 | 276-291 bis-482-486-489 |

| Arts. | Números |
|---|---|
| 1277 | 506-509-519 |
| 1278 | 224-482-487-488-805-806 |
| 1279 | 107-150-152-172-183-225-244 249-276-290-291 bis-392-399 |
| 1280 | 150-173-183-666 |
| 1282 | 191-392-398-432 |
| 1283 | 403-432 |
| 1284 | 403-432 |
| 1285 | 403-432-434 |
| 1286 | 249-256 |
| 1287 | 249-256 |
| 1288 | 45-122-124 |
| 1289 | 115-122 |
| 1290 | 115-124-127 |
| 1291 | 115-124-127 |
| 1292 | 115-124-125-127 |
| 1293 | 115-124-125 |
| 1294 | 115-124-125 |
| 1295 | 115-124-126 |
| 1296 | 226-330-336-339-342-344-347 349-351-472 |
| 1297 | 330-347 |
| 1298 | 330-356 |
| 1299 | 330-354 |
| 1300 | 330 |
| 1301 | 330-348-357 |
| 1302 | 330-352 bis-356 bis |
| 1303 | 330-359 |
| 1304 | 150-152-160-168-171 |
| 1305 | 150-152-160-169 |
| 1306 | 15-150-157-160-164-166-170 174-813 |
| 1307 | 490 |
| 1308 | 490 |
| 1309 | 490 |
| 1310 | 490 |
| 1311 | 925-961 |
| 1312 | 925-963 |
| 1313 | 925-964 |
| 1314 | 925-964 |
| 1315 | 925-964 |
| 1316 | 925-965 |
| 1317 | 925-969-976 |
| 1318 | 1459-1513 |
| 1319 | 1459-1513 |
| 1320 | 1459 |
| 1321 | 1459 |
| 1322 | 249-289-291 bis |
| 1323 | 249-276-288-291 bis |
| 1324 | 459-472 |
| 1325 | 459-473 |
| 1326 | 8 |
| 1327 | 18 |
| 1328 | 769 |
| 1329 | 772-775-778 |
| 1330 | 772-815 |
| 1331 | 772-778 |
| 1332 | 772-788-1003 |
| 1333 | 772-802 |
| 1334 | 772-802-805 |
| 1335 | 772-786-795-796-798-808 |
| 1336 | 772-794 |
| 1337 | 772-784 |
| 1338 | 772-783-875 |
| 1339 | 772-781 |
| 1340 | 1016-1051 |
| 1343 | 1016-1051-1053 |
| 1346 | 772 |
| 1347 | 772 |
| 1348 | 1016-1053 |
| 1349 | 981-989-991-992-994-1003-1007 |
| 1350 | 954-981-989-992-993-994-997 1000-1007 |
| 1351 | 1000 |
| 1353 | 772-795 |
| 1354 | 772-811-813 |
| 1355 | 819-823 |
| 1356 | 819-825 |
| 1357 | 819-825 |
| 1358 | 819-833-833 |
| 1359 | 819-829-830 |
| 1360 | 819-827-865 |
| 1361 | 819-835-838-1504 |
| 1362 | 1504 |
| 1363 | 1549-1552 |
| 1364 | 1549-1555 |
| 1365 | 1549-1565 |
| 1366 | 1549-1555 |
| 1367 | 1549-1555-1557 |
| 1368 | 1549-1555-1557 |
| 1369 | 1549-1555-1557 |
| 1370 | 1549-1555-1557 |
| 1371 | 1549-1555-1557 |
| 1372 | 1549-1555-1557 |
| 1373 | 1549-1555-1557 |
| 1374 | 1555-1557 |
| 1375 | 1549-1555-1557 |
| 1376 | 1549-1555-1557 |
| 1377 | 1549-1555-1557 |
| 1378 | 1549-1555-1557 |
| 1379 | 1555-1557 |
| 1380 | 1555-1557 |
| 1381 | 1555-1557 |
| 1382 | 1555-1557 |





| Arts. | Números |
|---|---|
| 1383 | 1549-1555-1557 |
| 1384 | 1549-1555-1557 |
| 1385 | 1549-1555-1557 |
| 1386 | 1549-1555-1557 |
| 1387 | 1469-1507 |
| 1388 | 1459-1472-1507 |
| 1389 | 1459-1486 1494-1507 |
| 1390 | 1469-1471-1472-1486-1507 |
| 1391 | 1459-1463-1465-1473-1507 |
| 1392 | 1484-1507 |
| 1393 | 1459-1463-1487-1507 |
| 1394 | 1459-1487-1507 |
| 1395 | 1459-1507-1509 1531-1534 1535 |
| 1396 | 1507-1531-1534 |
| 1397 | 1459-1507-1531-1534 |
| 1398 | 1459-1478-1507-1531-1534 |
| 1399 | 1459-1482-1484-1507 |
| 1400 | 1459-1478-1484-1507 |
| 1401 | 876-1459-1507 |
| 1402 | 1459-1494-1507 |
| 1403 | 1459-1503-1507 |
| 1404 | 1459-1507-1519 |
| 1405 | 1459-1507-1512 |
| 1406 | 1459-1507-1517 |
| 1407 | 1459-1560-1505-1507 |
| 1408 | 1459-1507-1520 |
| 1409 | 1459-1507 |
| 1410 | 1459-1496-1504-1507 |
| 1411 | 1459-1507-1509-1510 |
| 1412 | 1507 |
| 1413 | 1459-1507 |
| 1414 | 1459-1484-1507 |
| 1415 | 1549-1507-1512-1535 |
| 1416 | 1459-1507-1535 |
| 1417 | 1459-1507-1535 |
| 1418 | 47-112-482-486-491-492-493 502-865 |
| 1419 | 510-1224-1234 |
| 1420 | 486-925-954-981-989-991-992 1000 |
| 1421 | 14-150-152 |
| 1422 | 14-922-925-930-945-959 |
| 1423 | 14-925-945 |
| 1424 | 14-925-945 |
| 1425 | 14-922 |
| 1426 | 14 |
| 1427 | 14-192-923-925-930-945 |
| 1428 | 14-925-943-955 |
| 1429 | 14-1016-1043 |
| 1430 | 14 |
| 1431 | 14-925-930-945 |
| 1432 | 14-925-959 |
| 1433 | 14-925-945-1014 |
| 1434 | 14-150-154 |
| 1435 | 14-150-157-158 |
| 1436 | 14-150-157 |
| 1437 | 14-846-853 |
| 1438 | 14-925-939-945-978 |
| 1439 | 14-925-969-977 |
| 1440 | 14-925-969-978 |
| 1441 | 14-925-939-956-979 |
| 1442 | 14-925-969-979 |
| 1443 | 14-925-969-980 |
| 1444 | 14-925-1016-1020 |
| 1445 | 14-925-940-956 |
| 1446 | 14-925-940-956 |
| 1447 | 14-925-957-969-1016-1043-1046 |
| 1448 | 14-969 |
| 1449 | 14-1016-1044 |
| 1450 | 14-925-958-959 |
| 1451 | 14-854 |
| 1452 | 14-886 |
| 1453 | 14-865 |
| 1454 | 14-866-1406 |
| 1455 | 14-866 |
| 1456 | 14-1459-1463-1467 |
| 1457 | 682-925-928-930-931 |
| 1458 | 925-928-930-950-974-976-977 |
| 1459 | 925-941 |
| 1460 | 925-966-1087 |
| 1461 | 925-969-976-977 |
| 1462 | 925-928-947 |
| 1463 | 683-734-925-934 |
| 1464 | 683-925-934 |
| 1465 | 925-935 |
| 1466 | 925-957 |
| 1467 | 925-957 |
| 1468 | 925-957 |
| 1469 | 925-957 |
| 1470 | 735-925-937-938-957 |
| 1471 | 925-961 |
| 1472 | 925-948 |
| 1473 | 1459-1512 |
| 1474 | 682 |
| 1475 | 685-707-1065 |
| 1476 | 685 |
| 1477 | 684-686-714 |
| 1478 | 687-714 |
| 1479 | 682 |
| 1480 | 682 |
| 1481 | 958 |
| 1482 | 925 |
| 1483 | |

| Arts. | Números |
|---|---|
| 1488 | 1058-1061-1240 |
| 1489 | 176-1058-1065-1240 |
| 1490 | 1058-1066-1240 |
| 1491 | 176-1058-1085-1086-1240 |
| 1492 | 1058-1087-1240 |
| 1493 | 1240 |
| 1494 | 1058-1086-1088-1240 |
| 1495 | 1058-1064-1240 |
| 1496 | 1058-1066-1067-1240 |
| 1497 | 1058-1064-1066-1067-1240 |
| 1498 | 1058-1066-1068-1085-1240 |
| 1499 | 1058-1069-1240 |
| 1500 | 1058-1075-1240 |
| 1501 | 1058-1072-1240 |
| 1502 | 1058-1072-1240 |
| 1503 | 1058-1074-1240 |
| 1504 | 1073-1240 |
| 1505 | 1073-1240 |
| 1506 | 1058-1071-1240 |
| 1507 | 1058-1077-1240 |
| 1508 | 1058-1078-1240 |
| 1509 | 1058-1079-1240 |
| 1510 | 1058-1074-1240 |
| 1511 | 1058-1080-1240 |
| 1512 | 1240 |
| 1513 | 1058-1075-1240 |
| 1514 | 612-846-849-850 |
| 1515 | 846-850-851-1379-1383-1385 |
| 1516 | 846-850-858 |
| 1517 | 839-846-850-858 |
| 1518 | 846-850-858 |
| 1519 | 850-858 |
| 1520 | 846-850-860 |
| 1521 | 846-850-860 |
| 1522 | 846-850-852 |
| 1523 | 846-850-863 |
| 1524 | 846-850-862 |
| 1525 | 846-850-853-854-857-865 |
| 1526 | 846-850-877 |
| 1527 | 846-872-873 |
| 1528 | 846-872-873 |
| 1529 | 846-867-868 |
| 1530 | 846-869 |
| 1531 | 846-869 |
| 1532 | 846-869 |
| 1533 | 846-869 |
| 1534 | 846-869 |
| 1535 | 846-869 |
| 1536 | 846-870 |
| 1537 | 846-874 |
| 1538 | 846-871 |
| 1539 | 846-874 |

| Arts. | Números |
|---|---|
| 1540 | 846-876 |
| 1541 | 846-876-1371 |
| 1542 | 846-874 |
| 1543 | 1122 |
| 1545 | 591-604-607-608-614-781 |
| 1546 | 604-607-615-616-632 |
| 1547 | 604-607-615-625 |
| 1548 | 604-607-621 |
| 1549 | 604-607-623 |
| 1550 | 604-607-615-616-633 |
| 1551 | 604-607-615-630 |
| 1552 | 604-607-628-631 |
| 1553 | 604-607-622 |
| 1554 | 604-607-622-624 |
| 1555 | 604-607-626-629 |
| 1556 | 907-911 |
| 1557 | 907-910-911 |
| 1558 | 907-911 |
| 1559 | 907-911 |
| 1560 | 907-911 |
| 1561 | 907-911 |
| 1562 | 907-911 |
| 1563 | 907-910-911 |
| 1564 | 907-912 |
| 1565 | 907 |
| 1566 | 907-912 |
| 1567 | 907 |
| 1568 | 907 |
| 1569 | 907 |
| 1570 | 1392-1396-1398 |
| 1571 | 1392-1396-1405 |
| 1572 | 1392-1399 |
| 1573 | 1392-1400-1401-1414 |
| 1574 | 1392-1400 |
| 1575 | 1392-1401 |
| 1576 | 1392-1396 |
| 1577 | 1392-1404 |
| 1578 | 1392-1405 |
| 1579 | 1392-1407 |
| 1580 | 1392-1406 |
| 1581 | 1392-1408 |
| 1582 | 1392 |
| 1583 | 1392 |
| 1584 | 1392-1459-1498 |
| 1585 | 1392-1411 |
| 1586 | 1392-1410 |
| 1587 | 1392-1410 |
| 1588 | 1392-1403 |
| 1589 | 1392-1407 |
| 1590 | 1274 |
| 1591 | 1274-1295-1300 |
| 1592 | 1274-1287-1290-1294 |



| Arts. | Números |
|---|---|
| 1593 | 1274-1291-1292-1294-1301 |
| 1594 | 1274–1284 |
| 1595 | 1274-1284 |
| 1596 | 1459 |
| 1597 | 1274-1284 |
| 1598 | 1274 |
| 1599 | 1417-1420-1421 |
| 1600 | 1417 |
| 1601 | 1417 |
| 1602 | 1459-1478-1480-1499 |
| 1603 | 1417-1423 |
| 1605 | 1328-1331-1341-1349 |
| 1607 | 1308-1323-1328-1343-1344 1346 |
| 1608 | 1328-1332 |
| 1609 | 1328-1343 |
| 1610 | 1328-1358 |
| 1611 | 1328-1348-1349 |
| 1612 | 1328-1354-1368 |
| 1613 | 1328-1356 |
| 1614 | 1459-1520 |
| 1615 | 1459-1497-1520 |
| 1616 | 1328-1334-1337 |
| 1617 | 1328-1337 |
| 1618 | 1328-1335 |
| 1619 | 1328-1338 |
| 1620 | 1328-1357 |
| 1621 | 1124-1230-1231-1233 |
| 1622 | 1224-1256-1259 |
| 1623 | 1224-1256-1259 |
| 1624 | 1224-1256-1258 |
| 1625 | 1224-1256 |
| 1626 | 1224-1236-1256-1258 |
| 1627 | 1224-1256-1257 |
| 1628 | 1224-1237 |
| 1629 | 1224 |
| 1630 | 1224-1392-1409 |
| 1631 | 1224-1248-1252 |
| 1632 | 1224-1248 |
| 1633* | 1224-1248-1252 |
| 1634 | 1224-1251 |
| 1635 | 1224 |
| 1636 | 1250 |
| 1637 | 1224-1253 |
| 1638 | 1224-1238-1308 |
| 1639 | 1224-1247 |
| 1640 | 1224-1239 |
| 1641 | 1224-1241-1246 |
| 1642 | 1224-1246 |
| 1643 | 1224 |
| 1644 | 1224-1242 |
| 1645 | 1224-1260-1262 |

| Arts. | Números |
|---|---|
| 1646 | 1224-1260-1263 |
| 1647 | 1224-1260-1264 |
| 1648 | 38-1424-1427 |
| 1650 | 879-1424-1431 |
| 1651 | 1424 |
| 1653 | 1424-1431 |
| 1654 | 1424-1431 |
| 1656 | 361-371-373-1117-1158-1160 |
| 1657 | 361-371-373 |
| 1658 | 361-371 |
| 1659 | 1117-1158-1160 |
| 1660 | 361-371 |
| 1661 | 1158 |
| 1662 | 1117 |
| 1663 | 1117 |
| 1664 | 74-50 |
| 1665 | 50 |
| 1666 | 50-74-330-359 |
| 1667 | 50-74-330-359 |
| 1668 | 50-150-243 |
| 1669 | 50-150-243-244-245 |
| 1670 | 50-150-243-244-245 |
| 1671 | 50-150-243-244-245 |
| 1672 | 50-150-243-244-245 |
| 1673 | 50-74-330-1122 |
| 1674 | 50-74-290-330-359 |
| 1675 | 50-74-392-401 |
| 1676 | 50-74-330-359 |
| 1677 | 50-74-330-359-392-400-434 |
| 1678 | 50-74-330-359-392-400-1335 1336 |
| 1679 | 50-74-249-290-291-295-321-434 |
| 1680 | 50-74-77-244 |
| 1681 | 50-330 |
| 1682 | 50-74-77 |
| 1683 | 1117-1164 |
| 1684 | 1164-1198 |
| 1685 | 1164-1168-1176-1188 |
| 1686 | 1164-1198 |
| 1687 | 1117-1120-1121-1123-1138 1142-1159-1160 |
| 1688 | 1117-1129-1162 |
| 1689 | 1117-1134 |
| 1690 | 1117-1124-1129 |
| 1691 | 1117-1136-1162-1199 |
| 1692 | 1117-1122 |
| 1693 | 1117-1122 |
| 1694 | 1117-1122 |
| 1695 | 1117-1143-1148 |
| 1696 | 1117-1143-1149 |
| 1697 | 1117-1141-1159 |
| 1698 | 1117-1125 |

| Arts. | Números |
|---|---|
| 1699 | 1117-1140-1142 |
| 1700 | 181 |
| 1773 | 102 |
| 1776 | 99 |
| 1785 | 454 |
| 1792 | 591 |
| 1819 | 192 |
| 1822 | 454 |
| 1823 | 103 |
| 1920 | 454 |
| 1928 | 28-914-917-1162 |
| 2025 | 454 |
| 2077 | 454 |
| 2286 | 454 |
| 2287 | 454 |
| 2308 | 493 |
| 2316 | 458 bis |
| 2342 | 92 |
| 2350 | 453-454 |
| 2354 | 92-93 |
| 2373 | 92 |
| 2374 | 92 |
| 2387 | 454 |
| 2398 | 493 |
| 2406 | 93 |
| 2407 | 93 |
| 2408 | 93 |
| 2416 | 634-637 |
| 2417 | 637 |
| 2418 | 634-642-646 |
| 2419 | 344-643 |
| 2420 | 634-644 |
| 2421 | 634-643 |
| 2422 | 634 |
| 2423 | 646 |
| 2424 | 634 |
| 2425 | 634-642 |
| 2426 | 634-643 |
| 2427 | 634-642 |
| 2428 | 634-643 |
| 2429 | 634-641 |
| 2430 | 39-634-641 |
| 2431 | 634-645 |
| 2432 | 634-645 |
| 2510 | 94 |
| 2529 | 94 |
| 2530 | 94 |
| 2545 | 91 |
| 2547 | 91 |
| 2585 | 95-591 |
| 2594 | 86 |
| 2612 | 454 |
| 2661 | 87-88-89 |
| 2682 | 95 |
| 2685 | 87-88 |
| 2694 | 88 |
| 2701 | 97-81 |
| 2709 | 521 |
| 2783 | 98 |
| 2784 | 521 |
| 2788 | 521 |
| 2796 | 521 |
| 2807 | 163 |
| 2811 | 84-1231-1371 |
| 2817 | 487 |
| 2828 | 190 |
| 2833 | 182-1234 |
| 2835 | 150-166 |
| 2840 | 392-398 |
| 2845 | 448 |
| 2847 | 448 |
| 2889 | 361-371 |
| 2890 | 361-371 |
| 2891 | 84-1065 |
| 2930 | 85 |
| 2936 | 90 |
| 2938 | 454 |
| 2939 | 454-458 ter |
| 2947 | 243 |
| 2950 | 90 |
| 3004 | 254 |
| 3024 | 511 |
| 3032 | 495 |
| 3155 | 454 |
| 3156 | 454 |
| 3162 | 182 |
| 3193 | 157 |
| 3194 | 157 |
| 3227 | 510-1423 |
| 3235 | 510 |
| 3339 | 510 |
| 3453 | 190 |
| 3472 | 170 |
| 3475 | 170 |
| 3676 | 454 |
| 3677 | 454 |
| 3701 | 510 |
| 3727 | 458 ter |
| 3730 | 458 ter |
| 3736 | 458 ter |
| 3740 | 458 ter |
| 3741 | 458 ter |
| 3742 | 458 ter |
| 3743 | 458 ter |





| Arts. | Números |
|---|---|
| 3744 | 458 ter |
| 3745 | 458 ter |
| 3746 | 458 ter |
| 3774 | 458 ter |
| 3775 | 458 ter |
| 3878 | 458 ter |
| 3779 | 458 ter |
| 3780 | 458 ter |
| 3784 | 458 ter |
| 3786 | 458 ter |
| 3787 | 458 ter |
| 3788 | 458 ter |


## Código civil de 1928


| Arts. | Números |
|---|---|
| 6 | 112-177-180-181-388-490 |
| 7 | 490 |
| 8 | 75-177 |
| 17 | 362-383 |
| 20 | 142-1134 |
| 21 | 345 |
| 173 | 454 |
| 174 | 398 |
| 175 | 398 |
| 176 | 398 |
| 302 | 761 |
| 303 | 761 |
| 304 | 39-761 |
| 305 | 761 |
| 306 | 761 |
| 307 | 761 |
| 425 | 453 |
| 429 | 453 |
| 435 | 453 |
| 436 | 454 |
| 440 | 446 |
| 449 | 454 |
| 450 | 398 |
| 452 | 761 |
| 457 | 451 |
| 537 | 453 |
| 557 | 454 |
| 561 | 454 |
| 563 | 454 |
| 564 | 454 |
| 565 | 454 |
| 566 | 454 |
| 567 | 454 |
| 568 | 454 |
| 569 | 447 |
| 570 | 447 |
| 573 | 454 |
| 575 | 454 |
| 576 | 454 |
| 638 | 360 |
| 643 | 453-454 |
| 660 | 453-454 |
| 686 | 454 |
| 747 | 150 bis |
| 748 | 160 bis-166 |
| 749 | 150 bis-166 |
| 810 | 627-1072-1107 |
| 830 | 23-190 |
| 839 | 688-708 |
| 840 | 784 |
| 960 | 21-761 |
| 961 | 28 |
| 980 | 23 |
| 1006 | 21 |
| 1038 | 28 |
| 1051 | 170-1271 |
| 1057 | 23-1082 |
| 1121 | 27-28 |
| 1281 | 525-1423 |
| 1284 | 477-478-525 |
| 1288 | 525-554 |
| 1482 | 190 |
| 1493 | 170 |
| 1654 | 454 |
| 1658 | 384 |
| 1660 | 554 |
| 1704 | 458 ter |
| 1706 | 458 ter |
| 1713 | 458 ter |
| 1716 | 458 ter |
| 1717 | 458 ter |
| 1718 | 458 ter |
| 1719 | 458 ter |
| 1720 | 458 ter |
| 1721 | 458 ter |
| 1753 | 458 ter |
| 1754 | 458 ter |
| 1757 | 458 ter |

| Arts. | Números |
|---|---|
| 1758 | 458 ter |
| 1759 | 458 ter |
| 1763 | 458 ter |
| 1765 | 458 ter |
| 1766 | 458 ter |
| 1767 | 458 ter |
| 1779 | 401 |
| 1792 | 80-492 |
| 1793 | 38-80-150 bis-152-158-492 |
| 1794 | 107-110-150 bis-152-160-162 171 |
| 1795 | 107-150 bis-183-228-250-277 331-333-393-399 |
| 1796 | 250-277-483-486-489-502-522 527-537-865 |
| 1797 | 483-487-806 |
| 1798 | 191-393-398 |
| 1799 | 393 |
| 1800 | 404-432 |
| 1801 | 404-432 |
| 1802 | 404-432-434 |
| 1803 | 250-257 |
| 1804 | 115 bis-128-131 |
| 1805 | 115 bis-129-130 |
| 1806 | 115 bis-129-131 |
| 1807 | 115 bis-131 |
| 1808 | 115 bis-132 |
| 1809 | 115 bis-133 |
| 1810 | 115 bis-133 |
| 1811 | 115 bis-250-260 |
| 1812 | 331-333 |
| 1813 | 230-331-339-342-344-481 bis 600 |
| 1814 | 331-336 |
| 1815 | 331-347 |
| 1816 | 331-349-361 |
| 1817 | 331-351 |
| 1818 | 331-356 |
| 1819 | 331-354 |
| 1820 | 331-357 |
| 1821 | 331-348-357 |
| 1822 | 331-352 bis-356 bis |
| 1823 | 331-360 |
| 1824 | 150 bis-152 |
| 1825 | 150 bis-160-164-166 |
| 1826 | 150 bis-160-165-182 |
| 1827 | 150 bis-168-172 |
| 1828 | 150 bis-169-170 |
| 1829 | 150 bis-169 |
| 1830 | 76-150 bis-173-183-666 |
| 1831 | 228 |
| 1832 | 250-277 |
| 1833 | 250 |
| 1834 | 250-293 |
| 1835 | 82-81 bis-522 |
| 1836 | 82-81 bis-522 |
| 1837 | 83-81 bis-522 |
| 1838 | 97-81 bis-522 |
| 1839 | 490 |
| 1840 | 926-961 |
| 1841 | 926-963 |
| 1842 | 926-962 |
| 1843 | 926-964 |
| 1844 | 926-964 |
| 1845 | 926-964 |
| 1846 | 926-965 |
| 1847 | 926-970-976 |
| 1848 | 1460-1513-1538 |
| 1849 | 1460-1513 |
| 1850 | 1538 |
| 1851 | 460-474-475 |
| 1852 | 460-474-476 |
| 1853 | 460-474-477 |
| 1854 | 460-474-478 |
| 1855 | 460-474-479 |
| 1856 | 460-474-480 |
| 1857 | 460-474-481 |
| 1859 | 49-II-538-932 |
| 1960 | 538-539-540 |
| 1861 | 538-539-544 |
| 1862 | 538-539-544 |
| 1863 | 538-539-544 |
| 1864 | 538-539-544 |
| 1865 | 538-539-544 |
| 1866 | 538-539-547 |
| 1867 | 538-539-547 |
| 1868 | 538-548-550-557 |
| 1869 | 538-548-551-552-553-554-1324 |
| 1870 | 538-548-554-556 |
| 1871 | 538-548-554-555 |
| 1872 | 538-548-557 |
| 1873 | 538-580-582-583-584-585 |
| 1874 | 538-581-582-583-584-585 |
| 1875 | 538-582-583-584-585 |
| 1876 | 538-582-583-584-585 |
| 1877 | 538-581-583-584-585 |
| 1878 | 538-581-582-583-584-585 |
| 1879 | 538-581-582-583-584-585 |
| 1880 | 538-581-582-583-584-585 |
| 1881 | 538-582-583-584-585 |
| 1882 | 595-601-602 |
| 1883 | 605-607-608-614-615-616-617 781 |
| 1884 | 605-607-628-630-631-632-633 |



| Arts. | Números |
|---|---|
| 1885 | 605-607-622 |
| 1886 | 605-607-622-624 |
| 1887 | 605-607-621-625 |
| 1888 | 606-607-623 |
| 1889 | 605-607-626-629 |
| 1890 | 605-607-618 |
| 1891 | 605-607-610 |
| 1892 | 605-607-611 |
| 1894 | 620-1219 |
| 1895 | 150 bis-248-620 |
| 1896 | 635-646-650 |
| 1897 | 635-650-651 |
| 1898 | 635-651 |
| 1899 | 635-651 |
| 1900 | 635-651 |
| 1901 | 635-651 |
| 1902 | 39-635-650 |
| 1903 | 635-652-660 |
| 1904 | 635-650-652 |
| 1905 | 635-656 |
| 1906 | 635-659 |
| 1907 | 635-655-707 |
| 1908 | 635-657 |
| 1909 | 635-658 |
| 1910 | 688-690-691-752-928 |
| 1911 | 688-692 |
| 1912 | 748 |
| 1913 | 717-757-758-760 bis |
| 1914 | 688-696 |
| 1915 | 688-695-695 bis-953 |
| 1916 | 736-760-938 |
| 1917 | 688-1460-1512 |
| 1918 | 688-693 |
| 1919 | 688-692-697 |
| 1920 | 688-692-698 |
| 1921 | 688-692-699 |
| 1922 | 688-692-702 |
| 1923 | 688-700-702-704 |
| 1924 | 688-693-701-702-704 |
| 1925 | 688-663-703-704 |
| 1926 | 688-704-948 |
| 1927 | 688-705 |
| 1928 | 694 |
| 1929 | 688-706 |
| 1930 | 688-706 |
| 1931 | 88-707 |
| 1932 | 688-709-710-711-712-713-717 |
| 1933 | 688-703 |
| 1934 | 688 |
| 1935 | 754 |
| 1936 | 39-754 |
| 1937 | 754 |
| 1938 | 773-775 |
| 1939 | 773-779 |
| 1940 | 773-788 |
| 1941 | 773-786-796-798 |
| 1942 | 773-783-785-794 |
| 1943 | 773-811-813 |
| 1944 | 773-806 |
| 1945 | 773-794 |
| 1946 | 773-795-808 |
| 1947 | 773-794-808 |
| 1948 | 1017-1055 |
| 1949 | 954-982-989-991-992-993-994 997-1000-1003-1007-1015 |
| 1950 | 1008 |
| 1952 | 773-795-802 |
| 1953 | 802-820-823 |
| 1954 | 820-825 |
| 1955 | 820-825 |
| 1956 | 802-820-833 |
| 1957 | 820-829-830 |
| 1958 | 820-827-865 |
| 1959 | 820-835-838-1504 |
| 1960 | 1504 |
| 1961 | 1550-1552 |
| 1962 | 1550-1555 |
| 1963 | 1550-1556 |
| 1964 | 1550-1556 |
| 1965 | 1550-1556 |
| 1966 | 1550-1555-1557 |
| 1967 | 1550-1555-1557 |
| 1968 | 1550-1555-1557 |
| 1969 | 1550-1555-1557 |
| 1970 | 1555-1557 |
| 1971 | 1550-1555-1557 |
| 1972 | 1550-1555-1557 |
| 1973 | 1550-1555-1557 |
| 1974 | 1550-1555-1557 |
| 1975 | 1550-1555-1557 |
| 1976 | 1550-1555-1557 |
| 1977 | 1550-1555-1557 |
| 1978 | 1555-1557 |
| 1979 | 1550-1555-1557 |
| 1980 | 1550-1555-1557 |
| 1981 | 1550-1555-1557 |
| 1982 | 1550-1555-1557 |
| 1983 | 1550-1555-1557 |
| 1984 | 1460-1463-1464-1471-1507 |
| 1985 | 1460-1463-1465-1466-1471 1507 |
| 1986 | 1460-1465-1507 |
| 1987 | 1460-1469-1471-1472-1486 1494-1507 |

| Arts. | Números |
|---|---|
| 1988 | 1460-1473-1487-1489-1507 |
| 1989 | 1460-1472-1494-1503-1507 1523 |
| 1990 | 1460-1507 |
| 1991 | 1460-1480-1498-1499-1500 1507 |
| 1992 | 1460-1482-1507 |
| 1993 | 1460-1485-1507 |
| 1994 | 1460-1480-1507 |
| 1995 | 1460-1496-1504-1507 |
| 1996 | 1460-1507 |
| 1997 | 1460-1507-1512 |
| 1998 | 1460-1507-1510 |
| 1999 | 1460-1507-1517-1518 |
| 2000 | 1460-1507 |
| 2001 | 1460-1507 |
| 2002 | 1460-1507-1512 |
| 2003 | 1460-1507-1536 |
| 2004 | 1460-1507-1547 |
| 2005 | 1507-1537 |
| 2006 | 1460-1507-1540 |
| 2007 | 1460-1507-1538-1539 |
| 2008 | 1460-1507-1539 |
| 2009 | 1460-1507-1541 |
| 2010 | 1507-1545 |
| 2011 | 14-150 bis-154 |
| 2012 | 14-847-851-1379-1383 |
| 2013 | 14-847-853 |
| 2014 | 14-150 bis-157-158 |
| 2015 | 14-150 bis-157 |
| 2016 | 14-847-853 |
| 2017 | 14-926-974 976 1017-1046 |
| 2018 | 14-926-956-979 |
| 2019 | 14-926-970-979 |
| 2020 | 14-926-970-980 |
| 2021 | 14-926-1020 |
| 2022 | 14-926-970-1046 |
| 2023 | 14-926-957-970-974-1017-1046 |
| 2024 | 14-1017-1047 |
| 2025 | 14-926-940-956 |
| 2026 | 14-1460 |
| 2027 | 14-922 |
| 2028 | 14-192-923-926-930 |
| 2029 | 1225-1230-1231 |
| 2030 | 1225 |
| 2031 | 1225-1231 |
| 2032 | 1225-1238 |
| 2033 | 1225-1236 |
| 2034 | 1225-1255 |
| 2035 | 1225-1247-1393 |
| 2036 | 1225-1248 |
| 2037 | 1225-1248 |
| 2038 | 1225-1248 |
| 2039 | 1233-1235-1249 |
| 2040 | 875-1225-1251 |
| 2041 | 1225-1250 |
| 2042 | 1225-1239 |
| 2043 | 1225-1241-1246 |
| 2044 | 1225-1246 |
| 2045 | 1225 |
| 2046 | 1225-1242 |
| 2047 | 1225-1260-1262 |
| 2048 | 1225-1260-1263 |
| 2049 | 1225-1260-1264 |
| 2050 | 1225-1243 |
| 2051 | 1302-1305-1310-1311-1312 1314-1316-1323-1324 |
| 2052 | 1302-1310-1316-1323 |
| 2053 | 1302-1310-1311-1314-1318 |
| 2054 | 1302-1310-1316 |
| 2055 | 1302-1310-1311-1317-1321 |
| 2056 | 1302-1310-1321 |
| 2057 | 1302-1310-1322 |
| 2058 | 1275-1294-1295 |
| 2059 | 1275-1294 |
| 2060 | 1460 |
| 2061 | 1275-1284 |
| 2062 | 612-847-849-850 |
| 2063 | 847-850 |
| 2064 | 847-850-871 |
| 2065 | 847-850-867-868 |
| 2066 | 847-850-869 |
| 2067 | 847-850-869 |
| 2068 | 847-850-869 |
| 2069 | 847-850-869 |
| 2070 | 847-850-869 |
| 2071 | 847-850-869 |
| 2072 | 847-850-870-1294 |
| 2073 | 847-850-874 |
| 2074 | 847-850-876 |
| 2075 | 847-850-874-876 |
| 2076 | 847-850-875 |
| 2077 | 847-850-874 |
| 2078 | 847-850-853-854-859-865 |
| 2079 | 847-850-859 |
| 2080 | 839-847-850-859-926-946 |
| 2081 | 847-850-859 |
| 2082 | 847-850-861 |
| 2083 | 847-850-861 |
| 2084 | 847-850-861 |
| 2085 | 847-850-863 |
| 2086 | 847-850-862 |
| 2087 | 847-850-872 |
| 2088 | 847-850-859 |



| Arts. | Números |
|---|---|
| 2089 | 847-850-877 |
| 2090 | 847-850-878 |
| 2091 | 847-850-879 |
| 2092 | 847-850-865 |
| 2093 | 847-850-866-1406 |
| 2094 | 847-850-866 |
| 2095 | 850-1379-1386-1387 |
| 2096 | 850-1379-1386-1388 |
| 2097 | 908-911-912 |
| 2098 | 908-910-911 |
| 2099 | 908-910-911 |
| 2100 | 908 |
| 2101 | 908-912 |
| 2102 | 908-912 |
| 2103 | 908 |
| 2104 | 192-922-926-928-930-946 |
| 2105 | 926-930-946 |
| 2106 | 926 941-966-1087 |
| 2107 | 926-947 |
| 2108 | 926-934 |
| 9109 | 926-934 |
| 2110 | 926-935 |
| 2111 | 926-970-976-977 |
| 2112 | 926-957 |
| 2113 | 926-957 |
| 2114 | 926-957 |
| 2115 | 926-957 |
| 2116 | 926-938-957 |
| 2117 | 926-958-961 |
| 2118 | 926-939 |
| 2119 | 1059-1061-1240 |
| 2120 | 176-1059-1065-1240 |
| 2121 | 176-1059-1085-1086-1240 |
| 2122 | 1059-1087-1240 |
| 2123 | 227-1059-1086-1088-1240 |
| 2124 | 1059-1064-1240 |
| 2125 | 1059-1066-1067-1240 |
| 2126 | 1059-1064-1065-1067-1086 1240 |
| 2127 | 1059-1066-1068-1085-1086 1240 |
| 2128 | 1059-1069-1240 |
| 2129 | 1059-1075-1240 |
| 2130 | 1059-1072-1240 |
| 2131 | 1059-1072-1240 |
| 2132 | 1059-1074-1240 |
| 2133 | 1059-1071-1240 |
| 2134 | 1059-1077-1240 |
| 2135 | 1059-1078-1240 |
| 2136 | 1059-1079-1240 |
| 2137 | 1059-1074-1240 |
| 2138 | 1059-1080-1240 |
| 2139 | 1059-1240 |
| 2140 | 1059-1075-1240 |
| 2141 | 1059-1076-1240 |
| 2142 | 1059-1090-1091-1240 |
| 2143 | 1059-1091-1240 |
| 2144 | 1059-1094-1095-1240 |
| 2145 | 1059-1094-1095-1240 |
| 2146 | 1059-1093-1240 |
| 2147 | 1059-1097-1240 |
| 2148 | 1059-1097-1240 |
| 2149 | 1059-1240 |
| 2150 | 1059-1094-1096-1240 |
| 2151 | 1059-1096-1240 |
| 2152 | 1059-1094-1096-1240 |
| 2153 | 1059-1096-1240 |
| 2154 | 1059-1094-1096-1240 |
| 2155 | 1059-1096-1240 |
| 2156 | 1059-1240 |
| 2157 | 1059-1090-1091-1240 |
| 2158 | 1059-1099-1240 |
| 2159 | 1059-1091-1240 |
| 2160 | 1059-1097-1240 |
| 2161 | 1059-1098-1240 |
| 2162 | 1059-1092-1240 |
| 2163 | 1118-1120-1121-1123-1126 1138 |
| 2164 | 1118-1123-1129-1162 |
| 2165 | 1118-1123-1134 |
| 2166 | 1118-1123-1124-1129 |
| 2167 | 1118-1123-1136-1162 |
| 2168 | 1118-1123-1147 |
| 2169 | 1118-1123-1147 |
| 2170 | 1118-1122-1123 |
| 2171 | 1118-1122-1123-1145 |
| 2172 | 1118-1122-1123 |
| 2173 | 1118-1122-1123 |
| 2174 | 1118-1123-1144-1148 |
| 2175 | 1118-1123-1146 |
| 2176 | 1118-1123-1149 |
| 2177 | 1118-1123 |
| 2178 | 1118-1123-1125 |
| 2179 | 1118-1123-1131 |
| 2180 | 1123-1165-1168 |
| 2181 | 1123-1165-1176-1188 |
| 2182 | 1123-1165-1202-1203 |
| 2183 | 1123-1165-1204 |
| 2184 | 1123-1165-1205-1206 |
| 2185 | 1393-1396-1398 |
| 2186 | 1393-1396-1405 |
| 2187 | 1393-1399 |
| 2188 | 1393-1400-1401-1414 |
| 2189 | 1393-1400 |

| Arts. | Números |
|---|---|
| 2190 | 1393-1401 |
| 2191 | 1393 |
| 2192 | 1393 |
| 2194 | 1393-1405 |
| 2195 | 1393-1407 |
| 2196 | 1393-1406 |
| 2197 | 1393-1408 |
| 2198 | 1393-1404 |
| 2199 | 1393 |
| 2200 | 1393-1460-1498 |
| 2201 | 1393-1411 |
| 2202 | 1393-1410 |
| 2203 | 1393-1410 |
| 2204 | 1393-1403 |
| 2205 | 1393-1407 |
| 2206 | 1418-1420-1421 |
| 2207 | 1418-1460-1480-1499 |
| 2208 | 1418-1423 |
| 2209 | 38-1425-1427 |
| 2210 | 1425 |
| 2212 | 1425-1431 |
| 2213 | 1329-1331-1341 |
| 2214 | 1329-1332 |
| 2215 | 1329-1348-1349 |
| 2216 | 1329-1337 |
| 2217 | 1329-1334-1337 |
| 2218 | 1329-1336 |
| 2219 | 1329-1338 |
| 2220 | 1329-1354-1355 |
| 2221 | 1329-1356 |
| 2222 | 1460 |
| 2223 | 1460-1497 |
| 2224 | 71-76-1202 |
| 2225 | 50 bis-71-76-150 bis-180-229 248 |
| 2226 | 50 bis-71-76-295 |
| 2227 | 50 bis-71-76-250-295-331 |
| 2228 | 50 bis-71-76-250-294-295-331 360-362-386-400 |
| 2229 | 50 bis-250-294 |
| 2230 | 50 bis-331-360-362-386-393 400-401 |
| 2231 | 50 bis-250-295-434 |
| 2232 | 50 bis-250 |
| 2233 | 50 bis-331-60-393-400-434 |
| 2234 | 50 bis-250-295-321-331-360 393-400-1336 |
| 2235 | 50 bis-250-295-331-360-393 402 |
| 2236 | 50 bis-331-360-393-400 |
| 2237 | 50 bis-331-360 |
| 2238 | 50 bis-77 |
| 2239 | 50 bis-77-248 |
| 2240 | 50 bis-77 |
| 2241 | 50 bis-77 |
| 2242 | 50 bis |
| 2244 | 50 bis-150 bis-171 |
| 2245 | 192 |
| 2246 | 192 |
| 2247 | 192 |
| 2248 | 84-490-1231 |
| 2254 | 453-487 |
| 2275 | 393 |
| 2280 | 448 |
| 2282 | 448 |
| 2283 | 84 |
| 2285 | 490 |
| 2301 | 192-490 |
| 2327 | 85 |
| 2332 | 86 |
| 2384 | 87-88-89 |
| 2393 | 88 |
| 2398 | 90 |
| 2401 | 454 |
| 2402 | 454 |
| 2406 | 293 |
| 2409 | 511 |
| 2478 | 493 |
| 2486 | 254 |
| 2496 | 454 |
| 2497 | 89-99 |
| 2513 | 95 |
| 2516 | 91-99 |
| 2517 | 91 |
| 2532 | 95 |
| 2546 | 92 |
| 2547 | 255 |
| 2549 | 92 |
| 2587 | 454 |
| 2596 | 493 |
| 2606 | 94 |
| 2607 | 94 |
| 2646 | 94 |
| 2647 | 94-645 bis |
| 2648 | 94 |
| 2649 | 94 |
| 2650 | 94 |
| 2651 | 94 |
| 2652 | 94 |
| 2653 | 94 |
| 2654 | 94 |
| 2655 | 94 |
| 2656 | 94 |



| Arts. | Números |
|---|---|
| 2657 | 94 |
| 2658 | 99 |
| 2659 | 94 |
| 2660 | 94 |
| 2661 | 94 |
| 2662 | 94 |
| 2663 | 94 |
| 2664 | 94 |
| 2665 | 94 |
| 2712 | 454 |
| 2720 | 493 |
| 2726 | 458 bis |
| 2727 | 458 bis |
| 2728 | 458 bis |
| 2774 | 98 |
| 2794 | 101 |
| 2856 | 102 |
| 2858 | 99 |
| 2859 | 99 |
| 2868 | 454 |
| 2892 | 103 |
| 2946 | 454 |
| 2950 | 182 |
| 2964 | 28-914-917-1162 |
| 3038 | 454 |
| 1 Transitorio | 584 |

# INDICE METODICO


PRESENTACIÓN DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS . . . . . Pág.
PREFACIO . . . . . 7
INTRODUCCIÓN . . . . . 9
13

## TITULO PRIMERO

El Derecho privado positivo y la materia de las obligaciones . . . . . 13

## TITULO SEGUNDO

Formación de nuestros Códigos . . . . . 15
ANTECEDENTES:
I. Código civil de 1870 . . . . . 15
II. Código civil de 1884 . . . . . 16
III. Código civil de 1928 . . . . . 16
IV. Código civil Federal y civil para el Distrito Federal (2000) . . . . 18
V. Concordancias . . . . . 18

## TITULO TERCERO

Bibliografía . . . . . 20
Derecho civil en general . . . . . 20
Derecho romano . . . . . 23
Obligaciones y contratos en general . . . . . 24
Monografía . . . . . 25
Diccionarios y publicaciones periódicas . . . . . 28

## TITULO CUARTO

Método de interpretación
Bibliografía

CAPÍTULO PRIMERO. *Métodos de interpretación* . . . . . 32
*Sección* 1ª Método clásico o tradicional . . . . . 32
I. Interpretación de las leyes . . . . . 32

II. Interpretación del Derecho cuando falta la ley ..... 35
III. Crítica ..... 35
*Sección 2ª* Método de la Escuela Histórica. Su crítica ..... 36
*Sección 3ª* Método de la Escuela Científica ..... 37
I. Geny ..... 37
II. Bonnecase ..... 46

CAPÍTULO SEGUNDO. *Textos legales* ..... 50
CAPÍTULO TERCERO. *Método de interpretación adoptado por nuestros Códigos civiles de 1870 y de 1884* ..... 52
*Sección 1ª* Método cuando hay ley aplicable al caso ..... 52
*Sección 2ª* Método cuando falta la ley ..... 53
I. La analogía ..... 53
II. Los principios generales del Derecho ..... 54

CAPÍTULO CUARTO. *Método de interpretación adoptado por nuestra Constitución y Código civil vigentes* ..... 59
*Sección 1ª* Ideas generales ..... 59
*Sección 2ª* Método cuando hay ley aplicable al caso ..... 60
*Sección 3ª* Método cuando falta la ley ..... 62

CAPÍTULO QUINTO. *Las fuentes* ..... 62
I. La equidad ..... 63
II. La costumbre ..... 63
III. La jurisprudencia ..... 64

## TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

Programa ..... 67

### LIBRO PRIMERO

La obligación y los hechos jurídicos ..... 69

### TITULO PRIMERO

La obligación en general ..... 69

CAPÍTULO PRIMERO. *Definiciones de la obligación* ..... 69
CAPÍTULO SEGUNDO. *Análisis de los elementos de la obligación* ..... 71
*Sección 1ª* Los sujetos ..... 71
*Sección 2ª* La relación jurídica ..... 72
*Sección 3ª* El objeto ..... 73



I. Prestación o abstención ..... 73
II. Carácter patrimonial ..... 73
*A.* El objeto debe ser apreciable en dinero ..... 73
B. Tesis objetivista ..... 73

CAPÍTULO TERCERO. *Comparación entre el derecho real y el derecho personal o la obligación* ..... 75
*Sección 1ª* Teoría clásica ..... 76
*Sección 2ª* Concepción personalista ..... 76
*Sección 3ª* Doctrina ecléctica ..... 77
*Sección 4ª* Obligaciones reales ..... 77

CAPÍTULO CUARTO. *Carácter propio de la teoría de las obligaciones* ..... 78
CAPÍTULO QUINTO. *Obligaciones civiles y mercantiles* ..... 80
CAPÍTULO SEXTO. *Tendencia hacia la unificación del derecho de las obligaciones* ..... 80

### TITULO SEGUNDO

Hechos y actos jurídicos ..... 82

CAPÍTULO PRIMERO. *Noción de los hechos jurídicos en general* ..... 84
CAPÍTULO SEGUNDO. *Noción y clasificación de los actos jurídicos* ..... 84
CAPÍTULO TERCERO. *Noción y clasificación de los hechos jurídicos (en sentido especial)* ..... 84
CAPÍTULO CUARTO. *Función del acto jurídico y del hecho jurídico* ..... 85
*Sección 1ª* Doctrina clásica ..... 86
*Sección 2ª* Teoría de Duguit ..... 86
*Sección 3ª* Teoría de Bonnecase ..... 86
*Sección 4ª* Conclusión ..... 88
*Sección 5ª* Variedades de los actos jurídicos por su función, según Duguit ..... 89

CAPÍTULO QUINTO. *Técnica legislativa* ..... 89

### TITULO TERCERO

Inexistencia y nulidad de los actos jurídicos ..... 90

CAPÍTULO PRIMERO. *Ideas generales* ..... 93
CAPÍTULO SEGUNDO. *Teoría clásica* ..... 94
*Sección 1ª* Nociones de inexistencia y nulidad ..... 94
*Sección 2ª* Nulidad absoluta y nulidad relativa ..... 94
*Sección 3ª* Comparación entre los actos inexistentes, nulos y anulables ..... 95
I. Efectos e intervención del Juez ..... 95
II. Personas que pueden prevalerse de la invalidez ..... 95

III. Confirmación y prescripción ..... 97
IV. Confusión de lenguaje ..... 97

CAPÍTULO TERCERO. *Nuevo movimiento de ideas* ..... 98
*Sección 1ª* Tesis de Japiot ..... 98
*Sección 2ª* Tesis de Piedelievre ..... 102

CAPÍTULO CUARTO. *Teoría de Bonnecase* ..... 103
CAPÍTULO QUINTO. *Nuestros Códigos civiles* ..... 107
*Sección 1ª* Código de 1884 ..... 107
*Sección 2ª* Código de 1928 ..... 108

## LIBRO SEGUNDO

Fuentes de las obligaciones ..... 111

### *PRIMERA PARTE*

El contrato ..... 111

### TITULO PRIMERO

Nociones generales ..... 111

CAPÍTULO PRIMERO. *Definiciones de contrato y convenio* ..... 111
CAPÍTULO SEGUNDO. *Diversas clases de contratos* ..... 112
*Sección 1ª* Contratos sinalagmáticos o bilaterales y unilaterales, onerosos y gratuitos. (Código de 1884, art. 1273) ..... 113
I. Definiciones ..... 113
II. Aplicaciones ..... 113
*Sección 2ª* Contratos sinalagmáticos imperfectos ..... 116
*Sección 3ª* Contratos conmutativos y contratos aleatorios ..... 116
*Sección 4ª* Contratos reales ..... 117
*Sección 5ª* Contratos principales y contratos accesorios ..... 118
*Sección 6ª* Contratos instantáneos y contratos sucesivos ..... 118
*Sección 7ª* Contratos consensuales, formales y solemnes ..... 119

CAPÍTULO TERCERO. *Elementos del contrato* ..... 119

### TITULO SEGUNDO

El consentimiento ..... 121

CAPÍTULO PRIMERO. *Nociones generales* ..... 121
CAPÍTULO SEGUNDO. *El principio de la autonomía de la voluntad* ..... 122



CAPÍTULO TERCERO. *Formación del contrato entre presentes y entre ausentes* ..... 124
*Sección 1ª* Sistemas doctrinales ..... 124
*Sección 2ª* Sistema del Código civil de 1884 ..... 125
I. Contrato entre presentes ..... 126
II. Contrato entre ausentes ..... 126
*Sección 3ª* Sistema del Código civil de 1928 ..... 127
*Sección 4ª* Cambio en el Código de Comercio ..... 129
*Sección 1ª* Caracteres ..... 130
*Sección 2ª* Discusión sobre su naturaleza jurídica ..... 131
I. Acto unilateral ..... 131
II. Contrato ..... 131
CAPÍTULO QUINTO *El acto colectivo y la unión, según Duguit* ..... 133

### TITULO TERCERO

El objeto ..... 135

CAPÍTULO PRIMERO. *En qué consiste el objeto* ..... 137
CAPÍTULO SEGUNDO. *Prestación de cosas* ..... 138
*Sección 1ª* Casos que comprende ..... 139
*Sección 2ª* Translación de la propiedad ..... 139
*Sección 3ª* Cosas posibles e imposibles ..... 140
I. Enumeración ..... 141
II. La cosa debe existir en la Naturaleza ..... 141
III. La cosa debe ser determinada o determinable en cuanto a su especie ..... 142
IV. La cosa debe estar en el comercio ..... 142
CAPÍTULO TERCERO. *Prestación de hechos* ..... 143
*Sección 1ª* Hecho posible y hecho imposible ..... 144
*Sección 2ª* Hecho lícito y hecho ilícito ..... 144
I. Licitud del objeto ..... 146
II. Concepto de la ilicitud y su diferencia con la imposibilidad jurídica ..... 146
III. Actos contrarios a la ley ..... 146
*A.* Actos contra leyes permisivas o supletorias ..... 146
*B.* Actos contra leyes prohibitivas ..... 147
1. Su ilicitud ..... 147
2. Grados en la ilicitud ..... 147
*C.* Actos contra leyes preceptivas ..... 148
*D.* Ejemplos ..... 150
IV. Actos contrarios a las buenas costumbres ..... 150
CAPÍTULO CUARTO. *La obligación de no enajenar* ..... 151

## TITULO CUARTO

La causa y el fin o motivo determinante ..... 158

CAPÍTULO PRIMERO. *La doctrina francesa* ..... 158
*Sección 1ª* Ideas preliminares ..... 159
*Sección 2ª* Teoría clásica ..... 159
*Sección 3ª* Teoría anticausalista ..... 160
*Sección 4ª* Teorías basadas en la jurisprudencia francesa ..... 162
I. Teoría de Capitant ..... 162
II. Teoría de Josserand ..... 164
III. Alusión de Hémard a la jurisprudencia ..... 165
IV. Teoría de Bonecase ..... 165
V. Teoría de Duguit ..... 165
*Sección 5ª* La causa eficiente ..... 166

CAPÍTULO SEGUNDO. *Las teorías de la causa en otros derechos extranjeros* 166
*Sección 1ª* Derecho italiano ..... 166
*Sección 2ª* Derecho español ..... 167
*Sección 3ª* Derecho portugués ..... 167
*Sección 4ª* Derechos argentino, austríaco, alemán, suizo y brasileño .. 168

CAPÍTULO TERCERO. *Las teorías de la causa en Derecho mexicano* ..... 168
*Sección 1ª* Código de 1884 ..... 168
*Sección 2ª* Código de 1928 ..... 170

CAPÍTULO CUARTO. *Temas relativos a la causa* ..... 171
*Sección 1ª* Documento sin expresión de causa ..... 171
*Sección 2ª* Obligación abstracta ..... 172
I. La promesa abstracta de deuda en Derecho alemán ..... 172
II. Títulos de crédito abstractos ..... 173
*Sección 3ª* "Consideration" ..... 173

## APENDICE A LOS TITULOS TERCERO Y CUARTO

La máxima *Nemo Auditur Propriam Turpitudinem Allegans* ..... 176

## TITULO QUINTO

La forma del consentimiento ..... 179

CAPÍTULO PRIMERO. *Noción de la forma. Consentimiento expreso y tácito. Silencio* ..... 180



*Sección 1ª* La doctrina ..... 180
*Sección 2ª* Nuestros Códigos ..... 181

CAPÍTULO SEGUNDO. *Documento público y documento privado. Telegramas y radiogramas* ..... 182
CAPÍTULO TERCERO. *Evolución histórica de las formalidades en los contratos* ..... 183
*Sección 1ª* Derecho romano y Edad Media ..... 183
*Sección 2ª* España ..... 184
*Sección 3ª* Francia ..... 185

CAPÍTULO CUARTO. *La evolución en México* ..... 186
CAPÍTULO QUINTO. *Contratos consensuales, solemnes y formales* ..... 188
*Sección 1ª* Contratos consensuales y solemnes ..... 188
*Sección 2ª* Contratos formales ..... 189
I. Carácter distintivo ..... 189
II. Ratificación o confirmación ..... 190
*Sección 3ª* Sistema del Código de 1884 ..... 191
*Sección 4ª* Sistema del Código de 1928 ..... 192

## PRIMER APENDICE AL TITULO QUINTO

Sistema del Código de Comercio ..... 195

## SEGUNDO APENDICE AL TITULO QUINTO

Los instrumentos notariales ..... 198
*Sección 1ª* Legislación y Bibliografía ..... 198
*Sección 2ª* Formación de los instrumentos ..... 206
*Sección 3ª* Valor probatorio de las escrituras ..... 209
*Sección 3ª* Valor probatorio de las escrituras ..... 210
*Sección 4ª* Nulidad de las escrituras ..... 211
*Sección 5ª* Los testimonios ..... 212
*Sección 6ª* Las minutas ..... 213

## TITUTO SEXTO

Los vicios del consentimiento ..... 214

CAPÍTULO PRIMERO. *El error* ..... 215
*Sección 1ª* Nociones preliminares ..... 216
*Sección 2ª* El error de hecho ..... 216
I. Error-obstáculo ..... 216
II. Error-nulidad ..... 216
III. Error indiferente ..... 219
*Sección 3ª* El error de derecho ..... 219

CAPÍTULO SEGUNDO. *El dolo y la mala fe* ..... 220
CAPÍTULO TERCERO. *La intimidación o violencia* ..... 223
CAPÍTULO CUARTO. *Naturaleza de la nulidad* ..... 225

## TITULO SEPTIMO

La lesión ..... 227
Noción preliminar ..... 228

CAPÍTULO PRIMERO. *Vicio subjetivo* ..... 228
CAPÍTULO SEGUNDO. *Vicio objetivo* ..... 228
*Sección 1ª* Noción general ..... 228
*Sección 2ª* Derecho francés ..... 229
*Sección 3ª* Derecho mexicano ..... 230

CAPÍTULO TERCERO. *Vicio a la vez subjetivo y objetivo* ..... 231
*Sección 1ª* Noción general ..... 231
*Sección 2ª* Derecho alemán ..... 232
*Sección 3ª* Derecho suizo ..... 233
*Sección 4ª* Tendencia en Francia ..... 235
*Sección 5ª* Derecho mexicano ..... 236

CAPÍTULO CUARTO. *Desconocimiento de efectos* ..... 238

## TITULO OCTAVO

La capacidad y la incapacidad ..... 239

CAPÍTULO PRIMERO. *Generalidades* ..... 240
CAPÍTULO SEGUNDO. *La nulidad* ..... 241

## TITULO NOVENO

La representación ..... 243

CAPÍTULO PRIMERO. *La doctrina* ..... 244
*Sección 1ª* Noción y utilidad de la representación. Sus especies ..... 244
*Sección 2ª* Construcciones jurídicas de la representación ..... 244
I. Teoría negativa de Duguit ..... 244
II. Teoría de la ficción ..... 245
III. Teoría del nuncio ..... 247
IV. Teoría de la cooperación ..... 247
V. Teoría de la sustitución real de la personalidad del representado por la del representante ..... 248
VI. Conclusión ..... 250



CAPÍTULO SEGUNDO. *Nuestros Códigos* ..... 250
CAPÍTULO TERCERO. *Contrato a nombre de otro sin ser su representante* ..... 251
CAPÍTULO CUARTO. *El contrato consigo mismo* ..... 253
*Sección 1ª* El principio ..... 253
I. Acto unilateral ..... 253
II. Contrato ..... 254
*Sección 2ª* Oposición de intereses ..... 256
I. Contrato entre el representante y el representado ..... 256
II. Contrato entre dos representados ..... 258

## APENDICE A LOS TITULOS OCTAVO Y NOVENO

El acto de administración y el de disposición ..... 259

CAPÍTULO PRIMERO. *El patrimonio de derecho común* ..... 259
CAPÍTULO SEGUNDO. *Patrimonio de explotación* ..... 261
CAPÍTULO TERCERO. *Patrimonio de liquidación* ..... 262

## TITULO DECIMO

La interpretación de los contratos ..... 264

CAPÍTULO PRIMERO. *La doctrina* ..... 265
CAPÍTULO SEGUNDO. *Nuestros Códigos* ..... 269
*Sección 1ª* El Código de 1884 ..... 269
I. Objeto principal de la obligación ..... 269
II. Circunstancias accidentales del contrato ..... 270
*Sección 2ª* El Código de 1928 ..... 270

## TITULO UNDECIMO

Efectos de los contratos entre las partes ..... 276

CAPÍTULO PRIMERO. *Fuerza obligatoria* ..... 276
CAPÍTULO SEGUNDO. *La teoría de la imprevisión* ..... 280

## TITULO DUODECIMO

Los efectos de los contratos con relación a terceros ..... 288

CAPÍTULO PRIMERO. *El problema en el Código de 1884* ..... 288
*Sección 1ª* El principio tradicional ..... 288
*Sección 2ª* Los terceros ..... 289

*Sección 3ª* La obligación por otro ..... 290
*Sección 4ª* La estipulación a favor de tercero ..... 290

CAPÍTULO SEGUNDO. *El problema en el Código de 1928* ..... 293
CAPÍTULO TERCERO. *Situación jurídica nacida del contrato* ..... 294

## *SEGUNDA PARTE*

Las fuentes extra contractuales ..... 295

## TITULO PRIMERO

La declaración de la voluntad ..... 295

CAPÍTULO PRIMERO. *Generalidades* ..... 295
*Sección 1ª* La doctrina tradicional ..... 295
*Sección 2ª* La teoría alemana ..... 298
*Sección 3ª* Otra teoría ..... 301

CAPÍTULO SEGUNDO. *Las ofertas al público* ..... 304
*Sección 1ª* Oferta de venta ..... 304
*Sección 2ª* Promesa de recompensa ..... 305
*Sección 3ª* Concurso con promesa de recompensa ..... 307

CAPÍTULO TERCERO. *La estipulación a favor de tercero en el Código de 1928* ..... 308
CAPÍTULO CUARTO. *Los títulos de crédito a la orden y al portador* ..... 311
*Sección 1ª* Ideas preliminares. Nuestra antigua legislación ..... 311
*Sección 2ª* Nociones fundamentales según la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito ..... 313
I. Disposiciones generales ..... 313
II. Títulos a la orden y al portador ..... 315
*Sección 3ª* La fuente de la obligación contenida en el título ..... 316
*Sección 4ª* Los títulos civiles ..... 316
I. El Código de 1884 ..... 316
II. El Código de 1928 ..... 317
*Sección 5ª* Derogación del Código civil por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito ..... 318

## TITULO SEGUNDO

El enriquecimiento ilegítimo ..... 322

CAPÍTULO PRIMERO. *Derecho antiguo* ..... 322
CAPÍTULO SEGUNDO. *Derecho moderno* ..... 323



*Sección 1ª* Códigos extranjeros ..... 323
*Sección 2ª* El Código de 1928 ..... 323

## TITULO TERCERO

El pago de lo indebido ..... 326

CAPÍTULO PRIMERO. *Elementos constitutivos* ..... 327
CAPÍTULO SEGUNDO. *Efectos principales* ..... 328
*Sección 1ª* La restitución ..... 328
*Sección 2ª* Enajenación de la cosa ..... 330
I. Título oneroso ..... 330
II. Título gratuito ..... 331

CAPÍTULO TERCERO. *Efectos accesorios* ..... 331
*Sección 1ª* Cosa determinada ..... 331
I. Buena fe ..... 331
II. Mala fe ..... 332
*Sección 2ª* Cantidad ..... 332
I. Buena fe ..... 332
II. Mala fe ..... 332

## TITULO CUARTO

La gestión de negocios ..... 333

CAPÍTULO PRIMERO. *El Código de 1884* ..... 334
*Sección 1ª* Caracteres ..... 334
*Sección 2ª* Relaciones entre el gestor y el dueño ..... 335
I. Obligaciones del gestor ..... 335
II. Obligaciones del dueño ..... 336
*Sección 3ª* Relación entre el gestor y los terceros ..... 336

CAPÍTULO SEGUNDO. *Código de 1928* ..... 337
*Sección 1ª* Caracteres ..... 337
*Sección 2ª* Obligaciones del gestor ..... 338
*Sección 3ª* Obligaciones del dueño ..... 339
I. Obligaciones para con el gestor ..... 339
*A.* Asunto útilmente gestionado ..... 339
*B.* Ventaja o beneficio ..... 340
*C.* Casos especiales ..... 340
*D.* Ratificación ..... 341
II. Obligaciones para con los terceros ..... 341

## APENDICE A LOS DOS TITULOS ANTERIORES

La noción de cuasi contrato ..... 342

## TITULO QUINTO

Los hechos ilícitos ..... 345

CAPÍTULO PRIMERO. *Ideas preliminares* ..... 345
CAPÍTULO SEGUNDO. *Sistema del Código Penal de 1871* ..... 346
*Sección 1ª* Los delitos y la responsabilidad civil ..... 346
*Sección 2ª* Las personas responsables ..... 350

CAPÍTULO TERCERO. *Las reglas del Código Civil de 1884* ..... 352
CAPÍTULO CUARTO. *El sistema del Código Civil de 1928* ..... 354
*Sección 1ª* El hecho ilícito y la obligación de su autor ..... 355
*Sección 2ª* Responsabilidad por los hechos de otras personas ..... 360
*Sección 3ª* Responsabilidad por el hecho de las cosas ..... 362

CAPÍTULO QUINTO. *Sistema del Código Penal de 1931* ..... 367
CAPÍTULO SEXTO. *La pena pecuniaria y la responsabilidad civil* ..... 369
CAPÍTULO SÉPTIMO. *El daño moral* ..... 370
*Sección 1ª* La doctrina ..... 371
*Sección 2ª* Nuestros Códigos antiguos ..... 373
*Sección 3ª* El Código civil de 1928 ..... 374
*Sección 4ª* El Código Penal de 1931 ..... 376

CAPÍTULO OCTAVO. *El abuso de los derechos* ..... 377
*Sección 1ª* La doctrina francesa ..... 377
*Sección 2ª* El Derecho alemán ..... 379
*Sección 3ª* El Derecho mexicano ..... 380

## TITUTO SEXTO

El riesgo creado o la responsabilidad objetiva ..... 381

CAPÍTULO PRIMERO. *La teoría nueva* ..... 381
CAPÍTULO SEGUNDO. *Los riesgos profesionales* ..... 383
CAPÍTULO TERCERO. *La utilización de objetos peligrosos* ..... 384

## TITULO SEPTIMO

Los hechos puramente materiales ..... 387

## APENDICE AL LIBRO SEGUNDO

Clasificación de las fuentes de las obligaciones ..... 389



## LIBRO TERCERO

Las modalidades de las obligaciones ..... 391

## TITULO PRIMERO

Las obligaciones puras y las modalidades ..... 391

## TITULO SEGUNDO

Las obligaciones condicionales ..... 392

CAPÍTULO PRIMERO. *Nociones generales* ..... 392
CAPÍTULO SEGUNDO. *La condición suspensiva* ..... 393
*Sección 1ª* Carácter distintivo ..... 394
*Sección 2ª* Estado de incertidumbre ..... 394
*Sección 3ª* Cesación de la incertidumbre ..... 394

CAPÍTULO TERCERO. La condición resolutoria ..... 397
*Sección 1ª* Carácter distintivo ..... 398
*Sección 2ª* Estado de incertidumbre ..... 398
*Sección 3ª* Cesación de la incertidumbre ..... 398

CAPÍTULO CUARTO. *El cumplimiento de las condiciones* ..... 399
CAPÍTULO QUINTO. *La retroactividad de las condiciones* ..... 399
CAPÍTULO SEXTO. *Las diversas especies de condiciones* ..... 400
*Sección 1ª* Condición casual, potestativa y mixta ..... 402
*Sección 2ª* Condiciones positivas y negativas ..... 402
*Sección 3ª* Condiciones imposibles e ilícitas ..... 404
*Sección 4ª* Hecho pasado ..... 405
407

## APENDICE AL TITULO ANTERIOR

La obligación modal o con carga ..... 408

## TITULO TERCERO

Las obligaciones a plazo ..... 410

CAPÍTULO PRIMERO. *El plazo suspensivo* ..... 411
*Sección 1ª* Nociones generales ..... 411
*Sección 2ª* Efectos del plazo ..... 412
*Sección 3ª* Cómo la obligación llega a ser exigible ..... 413
*Sección 4ª* Tres especies de plazo suspensivo ..... 416

CAPÍTULO SEGUNDO. *Plazo extintivo* ..... 417

## LIBRO CUARTO

Los efectos de las obligaciones ..... 418

### *PRIMERA PARTE*

El cumplimiento ..... 418

### TITULO PRIMERO

El pago ..... 418

CAPÍTULO PRIMERO. *El pago en general* ..... 420
*Sección 1ª* Ideas preliminares ..... 420
*Sección 2ª* Qué debe pagarse ..... 420
*Sección 3ª* Indivisibilidad del pago ..... 421
*Sección 4ª* Tiempo del pago ..... 422
*Sección 5ª* Lugar del pago ..... 423
*Sección 6ª* Gastos del pago ..... 423
*Sección 7ª* Imputación de los pagos ..... 424
*Sección 8ª* Quién puede hacer el pago ..... 425
*Sección 9ª* A quién debe hacerse el pago ..... 428
*Sección 10ª* Presunciones de pago ..... 429

CAPÍTULO SEGUNDO. *El pago de deudas de dinero* ..... 430
*Sección 1ª* Nociones preliminares ..... 430
*Sección 2ª* Legislación monetaria ..... 431
*Sección 3ª* Cláusula sobre pago en determinada moneda ..... 439
*Sección 4ª* Legislación de moratoria y de pagos ..... 440

### TITULO SEGUNDO

El ofrecimiento de pago y la consignación ..... 445

### TITULO TERCERO

La ejecución forzada ..... 448

CAPÍTULO PRIMERO. *Cuestiones preliminares* ..... 448
CAPÍTULO SEGUNDO. *La ejecución* ..... 451

### *SEGUNDA PARTE*

El incumplimiento ..... 453



### PRIMERA DIVISIÓN

La responsabilidad civil ..... 453

### TITULO PRIMERO

La teoría de la responsabilidad contractual ..... 456

CAPÍTULO PRIMERO. *La responsabilidad extra-contractual y la contractual* 456
CAPÍTULO SEGUNDO. *El daño y perjuicio* ..... 457
*Sección 1ª* El daño o el perjuicio material ..... 457
*Sección 2ª* El daño moral ..... 458

CAPÍTULO TERCERO. *La imputabilidad al deudor* ..... 459
CAPÍTULO CUARTO. *La mora* ..... 461
*Sección 1ª* Concepto y efecto de la mora ..... 461
*Sección 2ª* Epoca en que comienzan los efectos de la mora ..... 462

CAPÍTULO QUINTO. *La indemnización* ..... 463
CAPÍTULO SEXTO. *La pérdida o el deterioro de la cosa* ..... 465
CAPÍTULO SÉPTIMO. *Las obligaciones de dinero* ..... 466

### TITULO SEGUNDO

Los convenios de responsabilidad ..... 468

CAPÍTULO PRIMERO. *La cláusula penal* ..... 468
CAPÍTULO SEGUNDO. *La cláusula de no responsabilidad* ..... 470

### SEGUNDA DIVISIÓN

Incumplimiento no imputable al deudor ..... 472

### TITULO TERCERO

El caso fortuito o la fuerza mayor ..... 472

### TERCERA DIVISIÓN

El incumplimiento de obligaciones nacidas de contratos bilaterales ..... 477

### TITULO CUARTO

La resolución o rescisión ..... 477

CAPÍTULO PRIMERO. *Nociones preliminares* ..... 478
CAPÍTULO SEGUNDO. *El pacto comisorio tácito* ..... 479
*Sección 1ª* Carácter jurídico y fundamento de la resolución ..... 479
*Sección 2ª* Casos de aplicación ..... 485
*Sección 3ª* El derecho de opción ..... 488
*Sección 4ª* Cómo opera la resolución ..... 489
*Sección 5ª* Las palabras resolución y rescisión ..... 490
*Sección 6ª* Comparación con la condición resolutoria expresa ..... 490

CAPÍTULO TERCERO. *Cláusula expresa de la resolución* ..... 491

## TITULO QUINTO

La excepción de contrato no cumplido ..... 494

## TITUTO SEXTO

La teoría de los riesgos ..... 496

CAPÍTULO PRIMERO. *El riesgo de la cosa* ..... 497
CAPÍTULO SEGUNDO. *El riesgo del contrato* ..... 498
*Sección 1ª* Nociones generales ..... 498
*Sección 2ª* Derecho Romano ..... 499
*Sección 3ª* Derecho Francés ..... 499
*Sección 4ª* Derecho Portugués ..... 503
*Sección 5ª* Proyecto de Código Español ..... 503
*Sección 6ª* El código de 1884 ..... 503
*Sección 7ª* El código de 1928 ..... 504
*Sección 8ª* Las obligaciones condicionales ..... 505

## CUARTA DIVISIÓN

El saneamiento ..... 509

## TITULO SEPTIMO

El saneamiento en caso de evicción ..... 512

CAPÍTULO PRIMERO. *El régimen normal* ..... 512
*Sección 1ª* La evicción ..... 512
*Sección 2ª* El saneamiento ..... 513
*Sección 3ª* Saneamiento en caso de evicción parcial ..... 516
*Sección 4ª* Caso de carga o servidumbre ..... 516

CAPÍTULO SEGUNDO. *Modificaciones convencionales de los efectos de la evicción* ..... 518



## TITULO OCTAVO

El saneamiento por defectos ocultos de la cosa enajenada ..... 520

## *TERCERA PARTE*

La protección del derecho del acreedor ..... 523

## TITULO PRIMERO

El Derecho de retención ..... 523

CAPÍTULO PRIMERO. *Dominio de aplicación* ..... 523
*Sección 1ª* Nuestros códigos ..... 523
*Sección 2ª* Concepciones doctrinales ..... 525
*Sección 3ª* Naturaleza del derecho de retención ..... 526

## TITULO SEGUNDO

El ejercicio por el acreedor de los derechos del deudor ..... 527

## TITULO TERCERO

Los actos verdaderos ejecutados en perjuicio de los acreedores ..... 528

CAPÍTULO PRIMERO. *Generalidades* ..... 529
CAPÍTULO SEGUNDO. *Los actos atacables* ..... 530
CAPÍTULO TERCERO. *Condiciones de la acción* ..... 531
*Sección 1ª* Condiciones comunes ..... 531
*Sección 2ª* El acto oneroso ..... 534
*Sección 3ª* El acto gratuito ..... 537
*Sección 4ª* El sub-adquirente ..... 538
*Sección 5ª* Quién puede ejecutar la acción y contra quien ..... 538

CAPÍTULO CUARTO. *Efectos de la acción pauliana* ..... 539
*Sección 1ª* Teoría del código de 1884 ..... 539
*Sección 2ª* Teoría del código de 1928 ..... 540

CAPÍTULO QUINTO. *Cesación de la acción* ..... 542
CAPÍTULO SEXTO. *Naturaleza de la acción* ..... 543
*Sección 1ª* Concepciones doctrinales ..... 543
*Sección 2ª* Código de 1884 ..... 544
*Sección 3ª* El código de 1928 ..... 545
*Sección 4ª* Fundamentos de la acción de nulidad ..... 545

## TITULO CUARTO

La simulación en perjuicio de los acreedores ..... 547

CAPÍTULO PRIMERO. *Concepto de la simulación en los actos jurídicos* ..... 548
CAPÍTULO SEGUNDO. *La simulación absoluta* ..... 551
CAPÍTULO TERCERO. *La simulación relativa* ..... 555
CAPÍTULO CUARTO. *La interposición de persona* ..... 557
CAPÍTULO QUINTO. *Los efectos de la simulación* ..... 559
*Sección 1ª* El derecho anterior ..... 559
*Sección 2ª* El derecho vigente ..... 561

## *CUARTA PARTE*

Las obligaciones naturales ..... 565

## TITULO PRIMERO

La doctrina francesa ..... 566

CAPÍTULO ÚNICO. *Ideas generales* ..... 566

## TITULO SEGUNDO

Sistemas de nuestros códigos civiles ..... 567

CAPÍTULO PRIMERO. *El código de 1870* ..... 567
CAPÍTULO SEGUNDO. *El código de 1884* ..... 568
CAPÍTULO TERCERO. *El código de 1928* ..... 569

## TITULO TERCERO

Derecho suizo ..... 570

## LIBRO QUINTO

La transmisión de las obligaciones ..... 573

## TITULO PRIMERO

La cesión de derechos ..... 573
Introducción ..... 575
*Subtítulo primero.* La cesión de créditos ..... 575



CAPÍTULO PRIMERO. *Generalidades* ..... 575
CAPÍTULO SEGUNDO. *Créditos incedibles* ..... 577
CAPÍTULO TERCERO. *Efectos de la cesión* ..... 578
*Sección 1ª* Efectos entre el cedente y el cesionario ..... 578
*Sección 2ª* Efectos entre el cesionario y el deudor ..... 581
*Sección 3ª* Efectos entre el cedente y el deudor ..... 583
*Sección 4ª* Efectos contra terceros ..... 583

CAPÍTULO CUARTO. *Los créditos litigiosos* ..... 584
*Subtítulo segundo.* La cesión de otros derechos ..... 585

CAPÍTULO PRIMERO. *La cesión de derechos hereditarios* ..... 585
*Sección 1ª* La cesión propiamente dicha ..... 585
*Sección 2ª* Trasmisión diferente de la cesión ..... 586

CAPÍTULO SEGUNDO. *La trasmisión de derechos reales* ..... 587
*Sección 1ª* La doctrina ..... 587
*Sección 2ª* Nuestros códigos ..... 588

## TITULO SEGUNDO

La subrogación ..... 589

CAPÍTULO PRIMERO. *Naturaleza y efectos de la subrogación* ..... 590
*Sección 1ª* Naturaleza ..... 590
*Sección 2ª* Efectos ..... 591
*Sección 3ª* Comparación con la cesión de crédito ..... 592

CAPÍTULO SEGUNDO. *Los varios casos de subrogación* ..... 593
*Sección 1ª* Subrogación convencional ..... 593
*Sección 2ª* Subrogación legal ..... 596

## TITULO TERCERO

La cesión de deudas ..... 598

CAPÍTULO PRIMERO. *Terminología y definición* ..... 598
CAPÍTULO SEGUNDO. *Derecho antiguo* ..... 599
CAPÍTULO TERCERO. *Derecho moderno* ..... 600

## LIBRO SEXTO

La extinción de las obligaciones ..... 611

## TITULO PRIMERO

Generalidades ..... 611

## TITULO SEGUNDO

La novación ..... 612

CAPÍTULO PRIMERO. *Generalidades* ..... 613
CAPÍTULO SEGUNDO. *Requisitos de la novación* ..... 614
*Sección 1ª* Existencia de una obligación anterior ..... 614
*Sección 2ª* Creación de una obligación nueva ..... 616
*Sección 3ª* Un elemento nuevo ..... 617
*Sección 4ª* Intención de novar ..... 620
*Sección 5ª* Capacidad y representación ..... 621

CAPÍTULO TERCERO. *Efectos de la novación* ..... 622
CAPÍTULO CUARTO. *La delegación* ..... 625
CAPÍTULO QUINTO. *Delegación, estipulación a favor de tercero y cesión de deuda* ..... 626
*Sección 1ª* Introducción ..... 626
*Sección 2ª* Aplicación del código de 1884 ..... 627
*Sección 3ª* Aplicación del código de 1928 ..... 628

## TITULO TERCERO

La dación en pago ..... 631

CAPÍTULO PRIMERO. *La doctrina francesa* ..... 631
CAPÍTULO SEGUNDO. *Nuestro derecho* ..... 633
*Sección 1ª* El código de 1884 ..... 633
*Sección 2ª* El código de 1928 ..... 633

CAPÍTULO TERCERO. *La doctrina alemana* ..... 634

## TITULO CUARTO

La compensación ..... 635

CAPÍTULO PRIMERO. *Noción y utilidad* ..... 636
CAPÍTULO SEGUNDO. *Requisitos* ..... 637
CAPÍTULO TERCERO. *Efectos* ..... 639
CAPÍTULO CUARTO. *Renuncia* ..... 639
CAPÍTULO QUINTO. *La cesión de derechos y la compensación* ..... 640
CAPÍTULO SEXTO. *Diversas especies de compensación* ..... 640

## TITULO QUINTO

La confusión ..... 642



## TITUTO SEXTO

La remisión ..... 644

## TITULO SEPTIMO

La prescripción ..... 647

CAPÍTULO PRIMERO. *Nociones generales* ..... 649
CAPÍTULO SEGUNDO. *Plazos* ..... 650
CAPÍTULO TERCERO. *Suspensión e interrupción* ..... 650
*Sección 1ª* Suspensión ..... 650
*Sección 2ª* Interrupción ..... 651

CAPÍTULO CUARTO. *Renuncia* ..... 651
CAPÍTULO QUINTO. *Fijación convencional del plazo* ..... 653
CAPÍTULO SEXTO. *Caducidad y prescripción* ..... 654

# LIBRO SEPTIMO

Las obligaciones complexas ..... 657

## *PRIMERA PARTE*

La pluralidad de sujetos ..... 657

## TITULO PRIMERO

Las obligaciones a prorrata o simplemente mancomunadas ..... 661

## TITULO SEGUNDO

Las obligaciones solidarias ..... 663

CAPÍTULO PRIMERO. *Nociones generales* ..... 663
CAPÍTULO SEGUNDO. *La solidaridad entre acreedores* ..... 664
*Sección 1ª* Generalidades ..... 664
*Sección 2ª* Extinción de la obligación ..... 664
*Sección 3ª* Interrupción de la prescripción ..... 666
*Sección 4ª* Efectos entre los acreedores ..... 667
*Sección 5ª* Caso de herencia ..... 667

CAPÍTULO TERCERO. *La solidaridad entre deudores* ..... 668

*Sección 1ª* Generalidades ..... 668
*Sección 2ª* Solidaridad voluntaria y legal ..... 668
*Sección 3ª* Efectos entre el acreedor y los deudores ..... 669
*Sección 4ª* Efectos entre los deudores ..... 676
*Sección 5ª* Cesación de la solidaridad ..... 677

## TITULO TERCERO

Las obligaciones indivisibles ..... 680

CAPÍTULO PRIMERO. *La doctrina francesa* ..... 680
*Sección 1ª* La exposición clásica de la teoría de la indivisibilidad ... 680
*Sección 2ª* La indivisibilidad natural y la indivisibilidad convencional 682

CAPÍTULO SEGUNDO. *El código de 1870* ..... 683
CAPÍTULO TERCERO. *El código de 1884* ..... 684
CAPÍTULO CUARTO. *El código de 1928* ..... 685
*Sección 1ª* Nociones generales ..... 685
*Sección 2ª* Efectos ..... 686
*Sección 3ª* Cesación de la indivisibilidad ..... 689
*Sección 4ª* Comparación de la indivisibilidad con la solidaridad ..... 689

## *SEGUNDA PARTE*

La pluralidad de objetos ..... 691

## TITULO PRIMERO

Las obligaciones conjuntivas ..... 693

## TITULO SEGUNDO

Las obligaciones alternativas ..... 694

## TITULO TERCERO

Las obligaciones facultativas ..... 696

## TABLA

de los artículos de nuestros Códigos Civiles y números de esta obra en donde se mencionan esos artículos ..... 695

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar
el 8 de enero de 2018 en los talleres
Castellanos Impresión, SA de CV,
Ganaderos 149, col. Granjas Esmeralda,
09810, Iztapalapa, Ciudad de México